Die Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen im Arbeitsrecht

Helmut Schwaabe

1962

Die Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen im Arbeitsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von Helmut Schwaabe 1962

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Referent: Prof. Dr. Dr. h. c. Alfred Hueck

Correferent: Priv. Doz. Dr. Wolfgang Zöllner

Tag der mündlichen Prüfung: 8. 6. 1962

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546824_0054

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 7

Literaturverzeichnis 9

A. Allgemeine Fragen in Bezug auf die Einführung eines Solidaritätsbeitrags . . 13

I. Die Forderung der IG Bau-Steine-Erden 13

II. Die Gründe für diese Forderung der IG Bau 14

III. Das Problem eines Solidaritätsbeitrags — unabhängig von der konkreten Forderung 15

IV. Die Gesichtspunkte zur Begründung der Beitragsforderung 15

1. Der Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs 15
2. Der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses 17
3. Der Solidaritätsbeitrag — lediglich ein Finanzierungsproblem? . . 18
4. Einführung eines Solidaritätsbeitrags außerhalb einer tarifvertraglichen Regelung 19

V. Möglichkeiten der Ausgestaltung eines Solidaritätsbeitrags 21

1. Zahlungsempfänger eines Solidaritätsbeitrags 21
2. Zahlungsarten 22

VI. Rechtsvergleichende Gedanken zum Solidaritätsbeitrag 23

VII. Zusammenfassung der allgemeinen Erörterungen 23

B. Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Solidaritätsbeitrags . . 24

I. Allgemeine Vorbemerkungen 24

II. Prüfung unter dem Gesichtspunkt der sog. negativen Koalitionsfreiheit . 25

1. Der Schutz dieses Rechts im Grundgesetz 25
   a) Der Inhalt des Art. 9 III GG 25
   b) Die Argumentationen im Meinungsstreit 26
   c) Der Schutz der nKf in Art. 2 I GG 28
2. Verstößt ein Solidaritätsbeitrag gegen dieses Recht der negativen Koalitionsfreiheit? 30
   a) Die Höhe des Beitrags als entscheidendes Kriterium 30
   b) Der Solidaritätsbeitrag in der Schweiz 31
   c) Die noch zulässige Höhe eines SBs 34

III. Prüfung unter dem Gesichtspunkt der positiven Koalitionsfreiheit . . 35

1. Der Inhalt der positiven Koalitionsfreiheit 35
2. Möglichkeiten eines Verstoßes gegen dieses Recht 35

IV. Sonstige Bedenken 37

1. Aus dem Prinzip der Unabhängigkeit der Sozialpartner 37
2. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und Art. 12 I 1 GG . . . 38
3. Die Frage eines Mitspracherechts der Beitragszahler 39

V. Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Prüfung 39

C. Prüfung der tarifrechtlichen Zulässigkeit eines Solidaritätsbeitrags 40

I. Allgemeine Vorbemerkungen 40

II. Die in Betracht kommenden normativen Bestimmungen 40

1. Inhaltsnormen 41
2. Abschlußnormen 42
3. Normen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien . . 44
4. Möglichkeiten der Regelung eines Solidaritätsbeitrags mittels normativer Bestimmungen 46

III. Die Allgemeinverbindlicherklärung der in Frage kommenden gemeinsamen Einrichtung 47

1. Wesen und Zweck der AVE 47
2. Zulässigkeit der AVE von Normen nach § 4 Abs. 2 TVG 47
3. Prüfung der Voraussetzungen für die AVE einer VAK nach § 4 Abs. 2 TVG 48
4. Ergebnis der bisherigen Untersuchungen 51

IV. Die Möglichkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Tarifvertragsparteien 51

1. Deren rechtliche Zulässigkeit 51
2. Die praktische Durchführbarkeit 52
3. Die Möglichkeit einer Verbindung des SBs mit einer Tarifausschlußklausel 54

V. Zusammenfassung der tarifrechtlichen Prüfung 55

D. Andere Möglichkeiten für die Einführung eines SBs der Außenseiter . . . 56

I. Außerhalb eines Tarifvertrags 56

II. Unter Heranziehung eines Tarifvertrags 57

Anhang 59

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
aaO.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
Anm.	= Anmerkung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	= Arbeitgeber
ArbN	= Arbeitnehmer
AR	= Arbeitsrecht
AR-Bl.	= Arbeitsrecht-Blattei (Forkel) Stuttgart
Arch. öff. R.	= Archiv für öffentliches Recht
Art.	= Artikel
ARS	= Arbeitsrechtliche Sammlung
Aufl.	= Auflage
AuR	= Arbeit und Recht
AVE	= Allgemeinverbindlicherklärung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BB	= Betriebsberater
Betr. VG	= Betriebsverfassungsgesetz
BG	= Bundesgericht
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BverfG.	= Bundesverfassungsgericht
DAG	= Deutsche Angestellten-Gewerkschaft
DB	= Der Betrieb
desgl.	= desgleichen
DGB	= Deutscher Gewerkschafts-Bund
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
GAV	= Gesamtarbeitsvertrag
Gew.	= Gewerkschaft(en)
GG	= Grundgesetz
GoA	= Geschäftsführung ohne Auftrag
IG Bau	= Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden
JZ	= Juristen Zeitung
Komm.	= Kommentar
K. Sch. G.	= Kündigungsschutz Gesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
LAK	= Lohnausgleichskasse
MuA	= Mensch und Arbeit
nKf	= negative Koalitionsfreiheit
ObIR	= (Schweizer) Obligationenrecht

pKf	=	positive Koalitionsfreiheit
RAG	=	Reichsarbeitsgericht
RdA	=	Recht der Arbeit
s.	=	siehe
sog.	=	sogenannt
S.	=	Seite
SB	=	Solidaritätsbeitrag
TV	=	Tarifvertrag
TVG	=	Tarifvertragsgesetz
TVO	=	Tarifvertragsordnung
VAK	=	Vorteilsausgleichskasse
vgl.	=	vergleiche
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung
zit.	=	zitiert

Literaturverzeichnis

Bachmann: Koalitionsrecht und Schmarotzrecht, MuA 1950, S. 56

Koalitionsrecht — Koalitionszwang, Eine Nachlese, MuA 1950, S. 250

Biedenkopf: Zum Problem der negativen Koalitionsfreiheit, JZ 1961, S. 350

Briefs: Solidaritätsbeitrag — die Freiheit der Gewerkschaften steht auf dem Spiel, FAZ vom 11. 2. 1961, S. 5

Brisch: Das Verhältnis der Gewerkschaft zu Nichtorganisierten im schweizerischen Kollektivrecht, RdA 1951, S. 21, 22

Bogs: AR-Bl. unter „Vereinigungsfreiheit", B I 3 A

Diekhoff: Tarifausschlußklausel und Koalitionsfreiheit, DB 1959, S. 1141
Tarifrecht und Solidaritätsbeitrag, DB 1961, S. 167, 168

Dietz: Buchbesprechung zu Bachmann — von der Zwangskoalition zum Koalitionszwang, RdA 1953, S. 154

Die Koalitionsfreiheit, in Bettermann, Nipperdey, Scheuner — die Grundrechte, Duncker und Humblot, Berlin 1958, S. 417 ff

Freiheit und Bindung im kollektiven AR; aus dem Referat anläßlich der öffentlichen Tagung der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt, Bonn 25. 3. 1957 RdA 1957, S. 178

Dudra: Der Solidaritätsbeitrag der Außenseiter, Gewerkschaftliche Rundschau, Schweiz, 1960, S. 347 ff

Dürig: Der Grundsatz von der Menschenwürde, Arch. öff. Recht, I. C. B. Mohr, Tübingen, Band 81, S. 152

Eberhard: Das Arbeitsrecht im Entwurf des Grundgesetzes, RdA 1949, S. 125

Födisch: Freiheit und Zwang im geltenden Koalitionsrecht, RdA 1955, S. 88

Friedmann: Law in a changing society, London 1959 S. 323

Galperin: Organisationszwang und Koalitionsfreiheit, in Festschrift Sozialreform und Sozialrecht für W. Bogs 1959, S. 87 ff, s. S. 105

Galperin-Siebert: Komm. zum Betr.VG, Heidelberg, 3. Aufl. 1958, § 49 Anm. 10 (zit. Galperin Siebert)

Gernandt: Zu den Eingriffen in die negative Koalitionsfreiheit, Der Arbeitgeber, Zeitschrift der Bundesvereinigung der deutschen ArbG-Verbände, 1954 S. 194

Gysin: Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, RdA 1950, S. 6

Heiscke: Negative Koalitionsfreiheit und tarifliche Schutzklauseln, RdA 1960, S. 299

Herschel: Zur Rechtsnatur der AVE von Tarifverträgen, in Festschrift Sozialreform und Sozialrecht für W. Bogs 1959, S. 125 ff, S. 127

Heußner: Die Sicherung der Koalition durch sog. Solidaritätsbeiträge der Nichtorganisierten, RdA 1960 S. 295 ff, 298, 299

Dissertation, Der Schutz des Außenseiters vor Koalitionszwang, Marburg 1953 S. 30

Holtkotten: in Bonner Komm. zu Art. 142, II 2a und 4; Gilden Verlag Hamburg

E. R. Huber: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (II), DÖV 1956 S. 135 ff, S. 137

Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. C. B. Mohr Tübingen, 2. Aufl. 1953, Band I, S. 198 und 252; Band II, 2. Aufl. 1954, S. 386

Hueck Alfred: Maschinenschriftliches Gutachten, erstattet der Bundesvereinigung der deutschen ArbG-Verbände Köln, vom 11. 3. 61 über die tarifrechtliche Zulässigkeit der Erhebung eines Solidaritätsbeitrags (zit. Hueck)
Vgl. auch RdA 1961, S. 141 ff

Der Schweizer Entwurf zu einem Bundesgesetz über den GAV und dessen Allgemeinverbindlichkeit, RdA 1951, S. 42

Recht des Tarifvertrags, Vahlen Verlag Berlin 1920, S. 103 ff

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I Berlin und Frankfurt/M., 6. Aufl. 1959 (zit. Hueck/Nipperdey)

Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II Berlin und Frankfurt/M., 6. Aufl. 1957 (zit. Hueck/Nipperdey; wenn keine Angabe des Bandes erfolgt, ist Band II gemeint)

Hueck in Hueck-Nipperdey-Tophoven: Komm. zum TVG, München und Berlin, 3. Aufl. 1955 (zit. Hueck TVG)

Hueck Götz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, C. H. Beck, München und Berlin 1958, S. 66

Hug: Die neue schweizerische Gesetzgebung über den GAV und dessen Allgemeinverbindlichkeit, RdA 1958, S. 87

Kauffmann: Zum Anspruch auf einen Solidaritätsbeitrag gegen Außenseiter, AuR 1961, S. 267

Kettner: Nochmals — der Zwangsbeitrag der Nichtorganisierten, Der Arbeitgeber 1961 S. 104 ff, S. 106

Kraegeloh: Voraussetzungen und Umfang der AVE von Tarifverträgen (Gutachten), BB 1952, S. 90

Krüger: 7 Thesen zur verfassungsrechtlichen Problematik des sog. Solidaritätsbeitrags, bisher nicht gedruckt

Leber:	Auswirkungen der Rechtsentwicklung contra Gewerkschaften, Vortrag gehalten 1959
	Unsere Aufgabe — unser Weg, Referat, gehalten auf dem 5. ordentlichen Gewerkschaftstag in Hannover, 1960
Lusser:	Ist Zwang zum Eintritt in die Gewerkschaft zulässig? Schweizerische Juristen Zeitung 1956, S. 69 ff
v. Mangoldt:	Ist eine Zwangsmitgliedschaft bei Berufs- und Wirtschaftsverbänden mit dem Grundgesetz vereinbar? BB 1951, S. 621
v. Mangoldt-Klein:	Komm. zum Grundgesetz, Vahlen Verlag Berlin-Frankfurt, 1955, S. 330
Maus:	Komm. zum TVG, Schwartz Göttingen 1956 § 5 Anm. 41
Melsbach:	Deutsches Arbeitsrecht, Berlin-Leipzig 1923, unter II Vereinigung und Arbeit, S. 125 ff
Merker:	Einführung eines Solidaritätsbeitrags der Außenseiter, DB 1960, S. 1127
	Nochmals der Solidaritätsbeitrag, DB 1961, S. 204
Müller:	Maschinenschriftliches Manuskript für einen Vortrag — Gedanken zum Solidaritätsbeitrag (zit. Müller)
	Arbeitskammer 1959, S. 335
Naegely:	Tarifgemeinschaft, Anschluß- und Reversvertrag, Festschrift der Handelshochschule St. Gallen 1949, S. 397 ff, S. 418
Nikisch:	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Tübingen Band I, 2. Aufl. 1955 Band II, 2. Aufl. 1959 (zit. Nikisch)
Ridder:	Maschinenschriftliches Rechtsgutachten, erstattet dem Hauptvorstand der IG-Bau-Steine-Erden, Frankfurt, vom 2. 2. 1961 zum Thema „Gestattet das Grundgesetz für die BRD die Erhebung sog. Solidaritätsbeiträge?". (zit. Ridder)
	Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaft, Gustav Fischer Verlag, Stuttgart, 1960
Siebert:	Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, Festschrift für Nipperdey 1955, S. 122
Schweingruber:	Entwicklungstendenzen in der Praxis der GAVe, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1947, S. 249 ff
Tschudi:	GAV und Außenseiter, in „Wirtschaft und Recht", Schweiz, 1953, S. 42 ff Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1948 S. 355 ff
Wernicke:	Bonner Komm. zu Art. 9 II 1 d und 3 e
Zumbühl:	De Heranziehung der Außenseiter zu Beiträgen an die Berufsgemeinschaft, Schweizerische ArbG-Zeitung 1945, S. 454 ff

Zeitschriftenaufsätze werden nach Verfasser, Zeitschrift, Jahrgang und Seite zitiert.

A. Einführung eines Solidaritätsbeitrags — mit dieser Forderung verbundene allgemeine Fragen

I. Die Forderung der IG Bau, Steine, Erden

1. Erstmals wurde in Deutschland die Forderung nach Einführung eines SBs der Nichtorganisierten durch den Vorsitzenden der IG Bau, Georg Leber [1]), erhoben. Damit wurde diese Forderung in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses, aber auch heftiger Diskussionen gestellt.
2. In ihrer am 3. 2. 1961 näher konkretisierten Forderung verlangte die IG Bau die tarifvertragliche Einführung einer „Vorteilsausgleichskasse" als gemeinsamer Einrichtung der TV-Parteien. Von allen Arbeitnehmern des Baugewerbes (Organisierten und sog. „Außenseitern") solle ein Beitrag von 1% des Lohnes an diese Kasse abgeführt werden. Praktisch sei dies so durchzuführen, daß die ArbG diesen Betrag einbehalten. Soweit dies die eigenen Mitglieder betreffe, solle nach der Forderung der IG Bau deren SB von der Ausgleichskasse an die Baugewerkschaft zur Anrechnung auf den Organisationsbeitrag weitergeleitet werden. Mit diesem SB solle ein nichtorganisierter Bauarbeiter etwa die Hälfte dessen aufbringen, was ein Mitglied der IG Bau an Beiträgen zahle. Die Leistung der Nichtorganisierten sei als Ausgleich dafür anzusehen, daß sie durch die AVE von TV in den Genuß von Vorteilen kämen, die nur durch die Arbeit und den (auch finanziellen) Einsatz der Gewerkschaften errungen wurden. Es sei also nur recht und billig, daß auch der Außenseiter an den finanziellen Lasten beteiligt werde, die der Organisierte in Form von Gewerkschaftsbeiträgen auf sich nehme. Allgemeiner ausgedrückt wird also folgender Sachverhalt angesprochen: Beitrag eines Nicht- oder Anderskoalierten (Außenseiters) an eine Koalition oder eine diesem nahestehende Institution zum Ausgleich für Leistungen, die diese dem Außenseiter verschafft, wobei der Außenseiter durch den Beitrag nicht Mitglied der Koalition werden soll.
3. Diese Forderung der IG Bau wurde durch mehrere Entwürfe präzisiert: Ein TV über die VAK soll den Geltungsbereich, Zweck und Aufbringung der Mittel regeln. Ferner wurde ein Satzungsentwurf und der Entwurf von Vereinbarungen der Tarifpartner veröffentlicht. Der Wortlaut der Forderung ist in der Anlage wiedergegeben.

[1]) Vgl. den bereits 1959 gehaltenen Vortrag: „Auswirkungen der Rechtsentwicklung contra Gew."

II. Die Gründe für diese Forderung der IG Bau

1. Der Ruf nach Einführung eines SBs ist aus der Gesamtsituation der Gewerkschaften, insbesondere der IG Bau zu erklären. In den letzten 10 Jahren ist die Zahl der Beschäftigten von ca. 14 Mill. auf über 20 Mill. angestiegen, der Mitgliederstand der Gewerkschaften (ca. 6. Mill. Mitglieder) dagegen stagnierte im wesentlichen. Somit sind nur noch rd. 30% der ArbN organisiert; die IG Bau liegt mit weniger als 20% noch weit unter diesem Durchschnitt. Starke Fluktuation und angespannte Beschäftigungslage bringen ihr besondere Probleme [2]). Obwohl die meisten Nichtorganisierten (lt. Umfrage) mit der Tarifpolitik der IG Bau einverstanden sein sollen, ziehen sie es vor, ohne Mitgliedschaft in den Genuß mancher durch die Gew. errungenen Vergünstigung zu kommen.
2. Der Versuch, durch Einführung von Organisations- und Tarifausschlußklauseln die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder und die Finanzstärke der Gew. anzuheben, blieb vor allem wegen verfassungsrechtlicher Bedenken [3]) ohne praktische Ausführung. Eine Lösung dieses Problems durch Einführung allgemeiner Tarifausschlußklauseln würde ich für zulässig erachten [4]); hier hat wohl der Druck der öffentlichen Meinung die Gew. dazu bewogen, diesen Gedanken fallen zu lassen.
3. Aus dieser Situation heraus ist zu verstehen, daß die im Schweizer Recht bekannte, von Brisch [5]) erörterte, später von Galperin [6]), Heußner [7]) und Müller [8]) für die deutschen Verhältnisse untersuchte Einrichtung eines SBs von der IG Bau zum Gegenstand ihrer Forderung gemacht wurde. Die Regelung eines SBs in einem TV schien ihr ein geeignetes Mittel zu sein, die eigene Position zu stärken.
4. Nach heftigen Diskussionen und einer weitverbreiteten Kritik in der Öffentlichkeit hat diese Forderung etwas an Aktualität verloren. Die IG Bau hat von ihr abgelassen und versucht nun, in einem neuen Tarifwerk ab 1. 4. 62 als Novum eine von den Unternehmern zu entrichtende Sonderzuweisung an die Organisierten von jährlich ca. DM 80,— einzuführen. Der Grundgedanke ist der gleiche wie beim SB: man will die Zugehörigkeit zur Gew. attraktiver machen.
An der grundsätzlichen Bedeutung der Frage, ob ein SB zulässig ist, ändert dies nichts. Mit dem momentanen Zurückstellen ist keineswegs ausgeschlossen, daß diese Forderung später einmal — vielleicht auf noch breiterer Ebene — wieder erhoben wird.

[2]) s. hierzu das von Georg Leber auf dem 5. ordentlichen Gewerkschaftstag in Hannover 1960 gehaltene Referat: „Unsere Aufgabe — unser Weg"
[3]) s. dazu Heußner, RdA 1960/295
[4]) So auch Hueck/Nipperdey II S. 125
[5]) Brisch, RdA 1951/22
[6]) Galperin in Festschrift für Bogs S. 105
[7]) Heußner, RdA 1960/298,299; vgl. Dissertation „Der Schutz des Außenseiters von Koalitionszwang"
[8]) Müller, Arbeitskammer 1959/335

III. Das Problem eines SBs — unabhängig von der konkreten Forderung

1. Anlaß zu der vorliegenden Untersuchung gab die Forderung der IG Bau. Es darf aber nicht übersehen werden, daß das Problem eines SBs wesentlich weitergehend ist. Jede Interessenvertretung könnte ja nach dem Vorbild der Gew. für Erfolge, die auch Nichtmitgliedern ohne eigenes Zutun zugute kommen, einen billigen Ausgleich fordern. Tatsächlich wurde in letzter Zeit vom Bayerischen Bauernverband eine ähnliche Forderung erhoben.
2. Hinsichtlich solcher Forderungen können freilich die Sozialpartner und andere Organisationen und Vereine nicht gleichgesetzt werden. Die besondere verfassungsmäßige Stellung der Tarifpartner läßt es nicht zu, die hier getroffenen Ergebnisse hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit eines SBs unmittelbar auf Forderungen anderer Organisationen anzuwenden [9]).
3. Ein Durchdringen der Gew. mit ihrer Forderung ließe erwarten, daß sich manche andere Interessenvertretung nun auch für die Einführung eines SBs einsetzen wird. Damit würden auch soziologische und sozialpolitische Fragen im Hinblick auf eine Entwicklung zum Ständestaat und eine Strukturänderung unseres Staatsaufbaus aufgeworfen.
4. Nicht von gleicher Bedeutung wie auf ArbN-seite wäre ein SB der nichtorganisierten ArbG an deren Verband. Er könnte aber auch, wie sich im folgenden ergeben wird, nicht mit derselben Begründung eingeführt werden, die für die Forderung der Gew. herangezogen wird.
5. Zu beachten ist auch, daß der DGB nicht mehr allein als Einheitsgewerkschaft die Interessen der ArbN vertritt. Mit der DAG und den christlichen Gew. sind weitere, wenn auch kleine Gew., neben den DGB getreten. Auf die Probleme, die sich aus dem Vorhandensein einer Mehrzahl von Gew. ergeben, wird an geeigneter Stelle eingegangen werden.

IV. Die Gesichtspunkte zur Begründung der Beitragsforderung

Vorweg ist festzuhalten, daß die im folgenden aufgeführten drei Versuche zur Begründung der gewerkschaftlichen Forderung keine rechtliche Anspruchsgrundlage darlegen wollen. Es wird ja eine Regelung erstrebt, die die Tarifpartner innerhalb ihrer Tarifhoheit in einem TV treffen. Durch einen TV soll der Außenseiter zur Zahlung des SBs herangezogen werden. Es handelt sich also um eine „innere Begründung" einer tarifvertraglichen Regelung.

1. Der Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs

a) Schon aus der Bezeichnung der von der IG Bau geplanten Kasse als „Vorteilsausgleichskasse" geht hervor, daß der Gedanke des Vorteilsausgleichs die SB-

[9]) Dazu ausführlich Ridder, zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gew.

Forderung tragen soll [10]); bereits einleitend war darauf hingewiesen worden. Die Geldmittel für die Vertretung der ArbN insbesondere auch bei Tarifverhandlungen werden hauptsächlich durch die Mitgliedsbeiträge aufgebracht. Ca. 300 Mill. Stunden arbeiten die Organisierten jährlich für ihre Verbände. Die Erfolge dieser Tätigkeit, besonders was TVe betrifft, kommen in weitem Umfang Nichtorganisierten zugute, die an den finanziellen Lasten nicht mittragen.

Am augenfälligsten ist dies im Falle der AVE eines TV [11]). Zwar tritt die Ausdehnung der Tarifbindung auf Außenseiter mit der AVE durch die Hoheitsstelle ein. Damit werden aber gerade die Normen, die durch die Arbeit und den Aufwand der TV-Parteien innerhalb ihrer Autonomie getroffen wurden, auf Außenseiter ausgedehnt [12]).

Über § 4 Abs. 1 S. 2 TVG kommt den Außenseitern auch ohne AVE in Form von betrieblichen Normen die Tätigkeit der Tarifpartner zugute [13]). Dasgleiche gilt für § 7 AZO.

Praktisch wichtig sind auch die Fälle, in denen Arbeitsverträge von vornherein tarifgemäß abgeschlossen werden. Die Arbeitsmarktlage oder auch das Interesse an einheitlichen Arbeitsbedingungen im Betrieb können den ArbG dazu veranlassen.

Von den Gew. wird es als unbillig empfunden, daß den Außenseitern in allen diesen Fällen, wenn auch mittelbar, die Tätigkeit der Organisationen ohne eigenes Zutun zustattenkommt.

b) Einschränkend kann man dieser Argumentation einige Überlegungen entgegenhalten.

Vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus könnte eingewandt werden, daß die Gew. bei ihrer Tätigkeit nur die wirtschaftliche Situation ausnützen, zu deren Zustandekommen die ca. 70% Nichtorganisierten ebenso beigetragen haben, wie die ca. 30% Organisierten. Die Gew. „vermittle" lediglich Vorteile; diese entstammten aber (etwa bei höheren Löhnen) wachsender Produktivität, Unternehmergewinnen, Abwälzungen etc. Von daher gesehen wäre ein ausgleichungsfähiger Vorteil wesentlich schwieriger darzulegen [14]).

Läßt man dies auch außer Acht, da der Erfolg zumindest durch die Tarifpartner herbeigeführt ist, so muß aber doch die unterschiedliche Höhe des vom einzelnen Außenseiter erlangten Vorteils beachtet werden. Ein Außenseiter, der schon vor der AVE zu den tariflichen Arbeitsbedingungen oder besser gestellt arbeitete,

---

[10]) Vgl. Hueck, Gutachten S. 7, 8

[11]) s. bei Müller S. 8 ff, bes. S. 13, 15. Er läßt diesen Gesichtspunkt bei der AVE von TV entscheidend sein.

[12]) Vgl. Müller S. 9 — 11; Hueck S. 7, 8

[13]) s. dazu Hueck TVG § 4 A. 42, Hueck/Nipperdey aaO. S. 387, Herschel in Festschrift für Bogs S. 127

[14]) Vgl. zu diesen Gedanken — Kettner, „Der Arbeitgeber" vom 20. 2. 1961, S. 106 Götz Briefs, „SB — die Freiheit der Gew. steht auf dem Spiel", FAZ vom 11. 2. 1961 S. 5

erlangt durch den Hoheitsakt allenfalls den (nicht ausgleichungsfähigen) Vorteil, daß beim Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages seine Arbeitsbedingungen nicht unter den für allgemeinverbindlich erklärten liegen dürfen. Die Möglichkeit, daß Löhne, die bisher über den Tariflöhnen lagen, durch die Aufbesserung der Tariflöhne eine weitere Steigerung erfahren, muß außer Betracht bleiben. Es kann schließlich nicht übersehen werden, daß die AVE, deren Vorteile für die Außenseiter immer herausgestellt werden, nicht zuletzt dem Zweck dient, in Krisenzeiten die Organisierten vor Schädigung durch die Außenseiter zu schützen [15]).
Eine streng auf den tatsächlich erlangten Vorteil abstellende Betrachtungsweise würde zwangsläufig zu einer Abstufung des SBs führen. Man wird deshalb auch zur „inneren Begründung" dieser Forderung den Gedanken des Vorteilsausgleichs sehr allgemein zu fassen haben: Durch einen angemessenen Beitrag müßte für die gesamte von den Gew. geleistete Tätigkeit und die dadurch in verschiedener Art und Höhe vermittelten Vorteile ein Ausgleich geschaffen werden.
c) Bei einem SB der ArbG-Außenseiter zeigt sich, daß diese durch die Tätigkeit des Verbandes im allgemeinen keine so bedeutenden Vorteile erlangen, wie dies bei ArbN-Außenseitern der Fall sein kann. Der Abschluß eines TV gewährt dem nichtorganisierten ArbG lediglich einen Schutz vor sog. Schmutzkonkurrenz. Im Falle der AVE wird der Außenseiter selbst in den Rahmen des TV einbezogen, woraus ihm kaum ein Vorteil erwachsen kann. Er könnte ja selbst einen TV abschließen, der den besonderen Verhältnissen des Betriebes und der örtlichen Arbeitsmarktlage angepaßt ist. Die Friedenspflicht, an der ihm gelegen sein könnte, kommt ihm nicht zugute, da sie im schuldrechtlichen Teil des TV geregelt und also von der AVE nicht erfaßt ist.
Nur schwer könnte also ein SB für ArbG-Außenseiter mit einem Vorteilsausgleich begründet werden.

2. Der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses

a) Im überragenden öffentlichen Interesse an funktionsfähigen Gew. sieht Ridder [16]) allein eine verfassungsmäßige Grundlage für den SB. Damit macht er den von den Gew. bezweckten Nebeneffekt, die Mitgliederzahlen anzuheben, zum Hauptgesichtspunkt der Forderung. Richtiger Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, daß der Außenseiter durch einen SB vor die Frage gestellt wird, ob nicht der höhere Gewerkschaftsbeitrag, verbunden mit allen Vorteilen einer Mitgliedschaft [17]), dem niedrigeren SB vorzuziehen ist. Ein nicht unerheblicher Prozentsatz der Außenseiter dürfte sich bei entsprechender Höhe des SB für den Gewerkschaftsbeitrag entscheiden.

[15]) Vgl. Hueck/Nipperdey II S. 469
[16]) Vgl. Gutachten von Ridder S. 15
[17]) ua. sind dies Anspruch auf Rechtsberatung und Vertretung vor den Arbeitsger., Unterstützung im Arbeitskampf, Zusatz zur Altersversorgung, Teilnahme an Veranstaltungen

b) Legt man diese Überlegung zugrunde, so muß man für die Einführung eines SBs zwei Voraussetzungen fordern: Die Gew. muß so schwach sein, daß sie ohne Vermehrung ihrer Mitgliederzahl durch den SB oder ähnliche Mittel die ihr zugedachten Aufgaben nicht mehr erfüllen kann. Zum anderen ist ein überragendes und solche Opfer des einzelnen Außenseiters erforderndes öffentliches Interesse an der Stärkung der Gew. zu verlangen.
Schon das Eingeständnis der 1. Voraussetzung — Ridder verlangt einen noch Heilung versprechenden „pathologischen Befund" — wäre nicht im Sinne der Gew., müßten sie doch zugeben, kein ebenbürtiger Tarifpartner für die Schaffung autonomen Rechts mehr zu sein. Bei dieser Prüfung wären nicht nur der tatsächlich niedere Mitgliederstand, sondern auch finanzielle Reserven, Personal, Einrichtungen etc. zu berücksichtigen. Die IG Bau hat sich erst vor kurzer Zeit in Verhandlungen mit der Bauwirtschaft als eine der reichsten Gew. der BRD bezeichnet, was nicht außer Betracht bleiben könnte [18]).
Ein öffentliches Interesse besteht grundsätzlich am Vorhandensein funktionsfähiger Gew., nicht aber an der Stärkung einzelner Gew. [19]). Letzteres stünde im Widerspruch zum Grundsatz des freiwilligen Zusammenschlusses der Organisationen des Arbeitsrechts. Beim Vorhandensein mehrerer Gew. auf einem Sektor könnte das dazu führen, daß eine schwächere unter den konkurrierenden Gew. zu Lasten derjenigen gestärkt würde, die ihre Mitgliederzahlen und Kassenbestände im freien Wettbewerb halten konnte. Unabhängig von der Zulässigkeit eines SBs wird die Aufrechterhaltung des Freiwilligkeitsprinzips im öffentlichen Interesse höher zu bewerten sein, als die Beseitigung momentaner Mitgliedersorgen der Gew., die durch die Arbeitsmarktlage bedingt und wohl auch teilweise Auswirkungen unseres Wohlfahrtsstaates sind.

3. Der SB — lediglich ein Finanzierungsproblem?

a) Das Problem des SBs will Krüger in den Rahmen der umfassenden Frage gestellt sehen, wie die gesellschaftlichen Gebilde von öffentlicher Bedeutung ihre Tätigkeit finanzieren sollen [20]). Für die Tarifpartner komme in erster Linie Selbstfinanzierung in Betracht. Schon um die Unabhängigkeit vom Staate zu wahren, müsse eine staatliche Subventionierung ausscheiden. Sollte die Selbstfinanzierung nicht ausreichend sein, so wäre nach Krüger an eine Heranziehung des Personenkreises außerhalb der Gesellschaft zu denken, den die Tätigkeit der Gesellschaft am ehesten berührt.
b) Diese Meinung sieht zu einseitig im SB ein Mittel zur Beseitigung einer Finanzkrise. Sie zeigt keine konkreten Anhaltspunkte auf, worin die Begründung der Forderung zu sehen ist, und übergeht das eigentliche Problem, das die Gew. in ihren niedrigen Mitgliederzahlen sehen. Keinesfalls kann Krügers Auffassung

[18]) Vgl. Der Arbeitgeber, Heft 4, S. 106
[19]) Hueck, Gutachten S. 15
[20]) So die Meinung in seinem Gutachten

zugestimmt werden, daß sich von der Zielsetzung eines solchen Beitrags her eine verfassungsmäßige Prüfung erübrige. Damit würden Zweckmäßigkeitserwägungen imstande sein, die Grundsätze unserer Verfassung zu durchbrechen.
c) Zusammenfassend wird man zu den aufgeführten Begründungsversuchen sagen müssen, daß die IG Bau bei ihrer Forderung wohl alle diese Gesichtspunkte mit in Erwägung gezogen hat. Eine „innere Begründung" sollte die Forderung aber vor allem im Gedanken des Vorteilsausgleichs haben, der zumindest in allgemeiner Form auch am stichhaltigsten ist.

4. Einführung eines SBs außerhalb einer tarifvertraglichen Regelung

a) Nach der Ansicht Müllers [21]) besteht eine Pflicht zur Zahlung eines SBs auch ohne eine tarifvertragliche Vereinbarung. Für die Begründung einer solchen Behauptung kommt es entscheidend darauf an, eine Anspruchsgrundlage für die Forderung aufzuzeigen.
b) Müller meint: Im Falle der AVE eines TV „entspreche" dieser Situation die Heranziehung der Außenseiter zu finanziellen Leistungen. Das werde von der Sachlage und damit von Treu und Glauben gefordert. Ein SB gründe in der Natur der Sache, er sei eine quasi-gesetzlich geforderte Leistung. Zur Begründung dieses „in sich gerechtfertigten Beitrags" beruft sich Müller auf den Gedanken des Vorteilsausgleichs.
c) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da sich in unserem Rechtssystem keine Anhaltspunkte für einen solchen, in der Natur der Sache liegenden Anspruch ergeben.
Schon praktische Überlegungen sprechen gegen diese Meinung: Es wäre in der Tat sehr eigenartig, wenn ein solcher ipso-iure bestehender Anspruch seit Einführung der AVE durch die TVO vom 23. 12. 1918 bisher gänzlich übersehen worden wäre [22]). Auch hätte der Gesetzgeber bei Schaffung des TVG wohl dazu nicht geschwiegen, hätte er einen solchen Anspruch angenommen, zumal gleichzeitig in der Schweiz der SB viel erörtert wurde. Auch in gewerkschaftsfreundlichen Gutachten wird der Vorschlag Müllers abgelehnt [23]).
Entscheidend ist, daß Müller keinen Anspruch privatrechtlicher Natur aufzeigen kann. Trotz öffentlicher Befugnisse handelt es sich bei der Gew. [24]), zumal im Verhältnis zu den Außenseitern, um eine privatrechtliche Vereinigung, weshalb ein öffentlichrechtlicher Anspruch nicht in Betracht kommt.
d) Einen Privatrechtsgrundsatz dergestalt, daß jeder, dessen Tätigkeit Vorteile für andere mit sich bringt, einen Kostenbeteiligungsanspruch gegen den also „Bevorteilten" habe, gibt es nicht. Dies wäre auch rechtspolitisch unhaltbar. Die inetwa in diesen Fragenkomplex gehörenden Fälle sind im Gesetz abschließend geregelt:

---

[21]) Gutachten S. 11 — 13
[22]) So Hueck, Gutachten S. 29
[23]) z. B. Ridder, Gutachten S. 6
[24]) Vgl. Hueck/Nipperdey aaO. S. 58

Die sog. „Vorteilsausgleichung" bei Schadensersatzansprüchen (§ 255 BGB) kommt schon deshalb nicht in Frage, weil es an einem Schadensersatzanspruch fehlt.
Ungerechtfertigte Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff BGB muß ausscheiden, da es an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung aus dem Vermögen der Gew. in das des Außenseiters fehlt. Außerdem ist kein „sine-causa"-Erwerb gegeben, da durch die AVE der Außenseiter dem TV ja unterworfen werden soll.
Am ehesten käme noch GoA (§§ 677 ff BGB) in Betracht.
Fraglich ist schon, ob die Gew. auch die Interessen der Außenseiter vertreten wollen. Aus der mehrfach befürworteten Einführung von Organisations- und Tarifausschlußklauseln könnte man schließen, daß sie gerade nicht für die Außenseiter handeln wollen [25]). Ein dem Außenseiter durch die AVE zufallender Vorteil ist aber nur Nebenwirkung der gewerkschaftlichen Tätigkeit, ob erwünscht oder nicht, der es jedenfalls nicht zuläßt, von einem Handeln in deren Interesse zu sprechen. Auch muß zweifelhaft sein, ob stets ein wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Außenseiters vorliegt, seine Interessen von der Gew. vertreten zu lassen. Somit kommt ein Ersatz von Aufwendungen im Sinne des § 683 BGB oder eine entsprechende Lösung nicht in Frage.
Unter den gesetzlich geregelten Fällen ist also keine Anspruchsgrundlage für einen SB enthalten. Die von Müller angestellten allgemeinen Billigkeitserwägungen können einen, unserem Rechtsdenken unbekannten Anspruch nicht begründen.
e) Müllers „erweiterte Möglichkeit" sieht auch ohne AVE eines TV eine Zahlungspflicht des Außenseiters vor. Auch auf diese Möglichkeit ist sachlich einzugehen [26]), da Müller selbst einräumt, daß sich beide Möglichkeiten auch in den Begründungen ausschließen, mithin aus der Ablehnung der „engeren" noch nicht auf eine Unbrauchbarkeit der „erweiterten" Möglichkeit geschlossen werden kann [27]).
Zur Begründung führt er die unmittelbare Wirkung der §§ 4 Abs. I Satz 2 TVG und 7 AZO auf die Außenseiter an. Besonders aber aus Art. 9 III GG, der besonderen Bedeutung und Stellung der Gew., folgere unmittelbar auch ein Schutz des Tarifwesens [28]). Von daher erscheine ein allgemeiner SB „möglicherweise" sachgemäß und dann auch eine von Treu und Glauben gedeckte und geforderte Einrichtung. Über die Ordnungs- und Repräsentativfunktion der Gew. kommt Müller wieder zu einer quasi-gesetzlichen Leistung.
Wieder fehlt es, zum Teil aus den oben genannten Gründen, an einer Anspruchsgrundlage. Der Gedanke, daß eine Einrichtung sachgemäß und dann auch von Treu und Glauben gefordert ist, erscheint unhaltbar. Entweder besteht ein Anspruch oder nicht. Überlegungen der Sachgemäßheit können aber nicht über Treu und Glauben einen quasi-gesetzlichen Anspruch entstehen lassen.

[25]) Vgl. Diekhoff, DB 1961/167, 168
[26]) Anders Hueck, Gutachten S. 28
[27]) Vgl. Ridder Anm. 12
[28]) Hueck/Nipperdey aaO. S. 108

f) Da es somit an einer Anspruchsgrundlage für eine außertarifvertragliche Regelung des SB fehlt, werden sich die unter B und C folgenden verfassungs- und tarifrechtlichen Untersuchungen ausschließlich mit einer SB-Klausel in einem TV zu befassen haben.

V. Möglichkeiten der Ausgestaltung eines SBs

Ein SB könnte sowohl hinsichtlich des Zahlungsempfängers, wie auch in der Art der Beitragserhebung sehr verschieden ausgestaltet sein. Unabhängig vom Vorschlag der IG Bau soll im folgenden auf einige Möglichkeiten eingegangen werden.

1. Zahlungsempfänger eines SBs

a) Der SB könnte von den Außenseitern direkt an die Gew. geleistet werden, womit dem Gedanken des Vorteilsausgleichs am stärksten Rechnung getragen würde.
Allerdings dürfte es sich dabei um einen mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit unvereinbaren Zwangsbeitrag an eine Koalition handeln. Es kann hier auch auf Art. 322 bis Abs. 2 Satz 2 Schw. ObIR. verwiesen werden, der Bestimmungen eines GAV (= TV) oder Abreden über Beiträge zugunsten einer einzelnen Vertragspartei für nichtig erklärt [29]).
Müller geht auf diese Bedenken nicht ein [30]). Im Falle der AVE sei an die Gew. zu zahlen, bei der „erweiterten Möglichkeit" sieht er ein Wahlrecht des Außenseiters vor. Diese freie Wahl der Koalition bezeichnet Ridder [31]) zurecht als widersprüchlich, da ein TV, der „kraft Natur der Sache" die SB-Pflicht auslöse, folgerichtig als begünstigt die am Abschluß beteiligte Koalition bestimmen müßte.
b) In Frage käme auch die Leistung an eine allgemeine soziale Einrichtung. Diese Möglichkeit deutet das Schweizer BG in Band 74 II S. 158 ff an. Es ist in dieser Entscheidung die Leistung eines SBs zugunsten eines Wöchnerinnenfonds des Unternehmens vorgesehen. Gegen die Zahlung an eine solche Sozialeinrichtung, der der Außenseiter auf Grund der neutralen Zweckbindung gegenüber den Koalitionen auch aufgeschlossener gegenüberstehen dürfte, als bei direkter oder indirekter Leistung an diese, kann, sofern man den SB überhaupt für zulässig ansieht, wohl nichts eingewendet werden.
c) Bleibt noch die Möglichkeit, welche die IG Bau vorschlug, den Beitrag an eine gemeinsame Einrichtung der TV-Parteien im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG abzuführen. Gegen diese auch in der Schweiz praktizierte Einrichtung (BGE 75 II S.

---

[29]) Vgl. dazu Hueck, Gutachten S. 9, 10
[30]) Gutachten S. 32 ff
[31]) So Ridder, Gutachten Anm. 12

305) bestehen grundsätzlich keine Bedenken [32]). Das Vorliegen einer „gemeinsamen Einrichtung" wäre dabei genau zu prüfen. Es müßte wohl abgelehnt werden, wenn es sich verwaltungsmäßig wie in der Zweckrichtung ganz oder überwiegend um eine Einrichtung des einen Sozialpartners handeln würde.

2. Die Zahlungsarten

Die Erfassung der in Betracht kommenden ArbN dürfte, besonders bei einem Zusammenwirken der Verbände, keine Schwierigkeiten bereiten. Dabei könnte es sich um die Einziehung einmaliger oder wiederkehrender Leistungen handeln.
a) Keine Bedenken bestünden, wenn der Beitragspflichtige seine Leistung selbst an den Berechtigten abführt. Dabei könnte es allerdings mit unpünktlichen und unzuverlässigen Zahlern oder Zahlungsunwilligen Schwierigkeiten geben.
b) Um dies auszuschalten, könnte man an einen Abzug des Beitrags vom Lohn des ArbN durch den ArbG denken. Würde aber der ArbG durch einen TV dazu verpflichtet und die VAK nach dem Entwurf der IG Bau z. T. Durchlaufstation für Gew.-Beiträge, so läge darin ein Vorstoß gegen den unser Koalitionsrecht beherrschenden Grundsatz, daß die Vertragspartner unabhängig von der Gegenseite sein müssen [33]). Auch würde der ArbG für die Berechnung der Beiträge die Bruttolöhne zugrundelegen und damit den Gew. Angaben machen müssen, die ihnen bisher — jedenfalls teilweise — unbekannt sind. Die Gew. wären dann nicht mehr auf die Lohnangaben der ArbN angewiesen. Diese Bedenken — abgesehen von dem später zu prüfenden § 117 Abs. 2 Gew. O. — läßt Müller außer Acht, wenn er allein auf den mutmaßlichen Willen der ArbN abstellt, diese unvermeidliche Pflicht auf die bequemste Weise abzuwickeln [34]).
c) Eine Einschaltung des Betriebsrates zur Erhebung des SBs ist nicht zulässig. Dieser hat die notwendigen Querverbindungen zu den außerbetrieblichen Sozialpartnern zu gewährleisten, kann aber nicht in deren Bereiche übergreifen [35]).
d) Bleibt noch die in der Schweiz praktizierte Lösung mittels eines „Arbeitskartensystems" [36]). Es handelt sich dabei um einen Ausweis mit einem Vermerk, der bestätigt, daß der Außenseiter seinen SB geleistet hat. Insoweit liegt nur eine Modalität von a) vor. Einen eigenen Charakter gewinnt dieses technische Verfahren erst, wenn es — wie in der Schweiz — mit einer Absperrklausel verknüpft wird. Dann ist es aber großen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt (Art. 9 III, Art. 12 GG) und kann für die deutschen Verhältnisse nicht in Betracht kommen.

---

[32]) So sieht etwa der Landesvertrag über die Arbeitsbedingungen im Schweizerischen Carosseriegewerbe (zuletzt revidiert am 1. 1. 1956) eine Beitragsleistung an die Vertragsgemeinschaft vor

[33]) ArbG vom 20. 2. 1961 S. 105; Hueck/Nipperdey aaO. S. 68

[34]) Müller, Gutachten S. 44

[35]) Galperin-Siebert, § 49 Anm. 10

[36]) Müller, Gutachten S. 44

VI. Rechtsvergleichende Gedanken zum SB

Mit Ausnahme der Schweiz, auf deren Regelung ausführlich in Abschnitt B II 2 b eingegangen wird, sind in anderen Ländern dem SB verwandte Rechtsregelungen, die Hinweise für unser Recht geben könnten, nicht anzutreffen. Das mag an der Verschiedenheit des Arbeitsrechts, aber auch der Stellung der Gew. in anderen Ländern liegen.

1. Dennoch sei kurz auf die Entwicklung in den USA hingewiesen. Das sog. „agency agreement" hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem SB — die Ausgestaltung der Institution ist aber in vieler Hinsicht anders. Interessant ist allerdings, daß sich die Entwicklung weg von der Zwangsmitgliedschaft vollzogen hat[37]). Das „closed shop", das nur die Beschäftigung von Organisierten vorsah, wurde abgeschafft. Eine ähnliche Einrichtung, „union shop", wurde 1947 in 20 Staaten der USA verboten. Der „National Labor Relations Board", die nationale Schlichtungsstelle für Arbeitsstreitigkeiten, entschied später, daß in diesen 20 right-to-work Staaten auch keine „agency agreements" für den Aufwand der Gew. eingezogen werden dürfen. Wenn dies auch in den anderen Staaten noch aufrechterhalten wird, zeigt sich doch, daß die Bestrebungen der IG Bau in Deutschland entgegengesetzt zu der Entwicklung in den USA verlaufen.

2. Hinzuweisen ist endlich auf die im Saarland, in Bremen und Österreich errichteten Arbeitnehmerkammern, bei denen eine Pflichtmitgliedschaft aller ArbN besteht. Diese Kammern sollen die sozialen und wirtschaftlichen Interessen der ArbN vertreten. Davon abgesehen, daß deren Interessen auch von den Gew. in ausreichendem Maße wahrgenommen werden können, scheinen mir diese Zwangsverbände einen bedenklichen Eingriff in die Freiheitssphäre des einzelnen darzustellen. Wegen der öffentlichrechtlichen Natur der Kammern lassen sich Rückschlüsse auf einen SB der Gew. nicht ziehen.

VII. Zusammenfassung der allgemeinen Erörterungen

Ausgehend von der Forderung der IG Bau wurden die mit der Einführung eines SBs zusammenhängenden Fragen allgemeiner Art erörtert. Es wurde die für die folgenden Untersuchungen bedeutsame Feststellung gemacht, daß die Annahme eines Rechtsanspruchs auf einen SB außerhalb eines TVs wegen Fehlens einer Anspruchsgrundlage unmöglich ist. Das Hauptproblem dieser Arbeit, die Frage der rechtlichen Zulässigkeit eines durch TV begründeten SBs, wird in einem ersten Teil (Abschnitt B) unter verfassungsrechtlichen, in einem zweiten Teil (Abschnitt C) unter tarifrechtlichen Gesichtspunkten untersucht werden.

[37]) Dazu Friedmann, „Law in a changing society", S. 323

B. Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines SBs

I. Allgemeine Vorbemerkungen

1. Bei der Prüfung einer Institution auf ihre rechtliche Zulässigkeit muß zuerst untersucht werden, ob ihr nicht bereits Normen entgegenstehen, die im Rang noch unter der Verfassung liegen. Die Hauptbedenken gegen die Zulässigkeit eines SB bestehen aber eindeutig auf verfassungsrechtlichem Gebiet, so daß die Untersuchung anderer Normen sehr kurz gehalten werden kann.

a) Der § 138 BGB kann nicht zur Anwendung kommen, da es offensichtlich an den besonderen Umständen fehlt, die eine Sittenwidrigkeit ergeben könnten. Was § 134 BGB betrifft, so kämen als Verbotsgesetze nur die ohnedies zu besprechenden verfassungsrechtlichen Normen in Betracht.

b) Einzig von Bedeutung ist § 117 Abs. 2 Gew. O., dessen Geltungsbereich allerdings auf Gewerbebetriebe beschränkt ist [1]). Danach sind Verabredungen zwischen ArbG und ArbN über die Verwendung des Verdienstes zu einem anderen Zweck als zur Beteiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage des ArbN oder seiner Familie nichtig. § 117 Abs. 2 Gew. O. will Umgehungen des § 115 Gew. O. verhindern und soll dem ArbN die freie Verfügung über seinen ganzen Lohn sichern. Zulässig sind Wohlfahrtseinrichtungen wie Unterstützungs- und Pensionskassen, die ausschließlich oder doch überwiegend dem ArbN zugutekommen [2]).

Was für Vereinbarungen zwischen ArbG und ArbN gilt, muß in gleicher Weise auch für Verabredungen zwischen Arbeitgeberverband und Gew. Geltung haben. Ein Vertrag, der auf Herbeiführung solcher unzulässiger Verwendungsabreden gerichtet wäre, hätte eine vom Gesetz verbotene und deshalb unmögliche Leistung zum Gegenstand (§ 306 BGB). Damit ist schuldrechtlichen Abreden zwischen den Tarifpartnern innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes eine Grenze gezogen. Vereinbarungen über einen SB sind nur zulässig, wenn dieser an eine echte Wohlfahrtseinrichtung zugunsten der ArbN abgeführt werden soll. Unzulässig nach § 117 Abs. 2 Gew. O. sind Abreden über die Erhebung eines SB zugunsten der Gewerkschaften [3]).

2. Innerhalb der verfassungsrechtlichen Prüfung wird von verschiedenen Gesichtspunkten her die Einführung eines SBs zu prüfen sein. Aus der pKf, dem Wesen

[1]) Vgl. den Begriff des Gewerbes in den §§ 1 und 2 DVO zum Gewerbesteuergesetz
[2]) Vgl. RAG ARS 30, 131 ff
[3]) Vgl. Hueck, Gutachten S. 39; desgl. Hueck/Nipperdey I S. 327
vgl. auch den unten S. 29 zitierten Art. 322 bis Abs. 2 Satz 3 Obl. R.

der Koalition und anderen Grundrechten können sich Bedenken ergeben; die Zentralfrage lautet aber, ob ein SB gegen ein Recht der sog. nKf verstößt, ob dieser Beitrag einen Koalitionszwang darstellen würde.
a) Der Untersuchung, ob und ggf. wieweit ein Recht zum Fernbleiben von der Koalition geschützt wird, ist voranzustellen, daß die Gew. selbst mit aller Entschiedenheit an ihrer Stellung als „freie" Gew. festhalten wollen. Durch den SB sollen auch nicht mittelbar Zwangsorganisationen geschaffen werden, die dann vielleicht dem Institut der Arbeitskammern nahekämen. Solche Zwangsverbände könnten auch die nach dem GG den Koalitionen zugedachten Aufgaben nicht wahrnehmen. Mit einem SB soll also weder der Schritt zur Zwangsorganisation, noch zur Körperschaft des öffentlichen Rechts getan werden.
b) Innerhalb der verfassungsrechtlichen Prüfung wird davon ausgegangen, daß in einem TV eine SB-Klausel festgelegt wird. Ob dies nach dem heutigen Stand des TVG möglich ist, wird in Abschnitt C untersucht werden.

II. Prüfung unter dem Gesichtspunkt der sog. nKf

1. Der Schutz dieses Rechts im GG

a) Der Inhalt des Art. 9 III GG
Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen darüber, ob unser GG auch ein Recht des einzelnen enthält, jeder Koalition, d. h. jeder zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gebildeten Vereinigung fernbleiben zu dürfen (sog. nKf), steht der Art. 9 III GG.
Ohne besondere exegetische Schwierigkeiten kann ihm die positive Aussage entnommen werden, daß das Recht, Koalitionen zu bilden oder ihnen anzugehören, gewährleistet ist (pKf). Unbestritten ist auch, daß Art. 9 III GG eine Bestandsgarantie der Koalition selbst enthält, und daß das Grundrecht der pKf mit Drittwirkung ausgestattet ist (Art. 9 III S. 2), daher sowohl bei Betätigung staatlicher Gewalt, wie auch zwischen den Rechtsgenossen und von den „sozialen Gewalten" zu respektieren ist.
Die Meinungsverschiedenheiten, ob Art. 9 III GG auch eine nKf beinhalte (so die herrschende Meinung [4]), gehen teilweise in den Begründungen auf die alte

[4]) ua. Mangoldt-Klein, GG S. 330; desgl. BB 51/621
Dietz in Bettermann, Nipperdey, Scheuner — die Grundrechte S. 417 ff; desgl. RdA 1953/154
Huber, DÖV 1956 S. 137
Dürig, Arch. öff. Recht 81/152
Nikisch II S. 28 ff
Diekhoff, DB 59/1141
LAG Hamm in BB 53/145
Födisch, RdA 55/88 ff mit weiteren Literaturangaben; auch bei Heiseke, RdA 1960 S. 299 ist eine Zusammenfassung der diesbezüglichen Literatur zu finden

Kontroverse bezüglich Art. 159 WRV zurück, dessen Nachfolger Art. 9 III ist. Vorweg ist festzustellen, daß aus der Tatsache der Regelung der nKf in den Länderverfassungen von Bremen, Hessen und Saarland nicht auf einen Schutz dieses Rechts im GG geschlossen werden kann. Ländergrundrechte mit einem erhöhten Verfassungsschutz gegenüber dem GG sind über Art. 142 GG in Kraft geblieben [5]).

b) Die Argumentationen im Meinungsstreit

Die Verfechter eines Grundrechts der nKf in Art. 9 III GG verweisen zumeist auf die Entwicklung dieser Bestimmung bzw. des Art. 159 WRV. Es habe sich anfangs um das Recht gehandelt, sich gegen den Staat und seine Gesetze zusammenzuschließen, ein Problem der nKf konnte es zu dieser Zeit noch nicht geben. Der Kampf sei um die „Gestaltung" der Koalitionsfreiheit, nicht gegen die nKf geführt worden. Die Streichung des Art. 153 Gew. O. im Jahre 1918, der einen besonderen Strafschutz der nKf vorgesehen hatte, habe nur die Beseitigung einer Diskriminierung des Koalitionszwangs bedeutet. Die erste gesetzliche Fixierung des Koalitionsrechts in Art. 159 WRV habe zwar ein Betätigungsrecht der Koalitionen beinhaltet, aber doch als abgeleitetes Recht. Im Grunde habe es sich nicht um ein Kollektiv-, sondern um ein Individualrecht gehandelt [6]). Art. 159 WRV habe — wie damals auch ein Großteil der Lehre annahm [7]) — die pKf und die nKf enthalten. Nach der Zäsur von 1933—1945 habe sich diese Entwicklung fortgesetzt. Bei den Beratungen zum GG habe man erst im Hauptausschuß davon abgesehen, einen Satz in Art. 9 GG einzufügen, daß ein Zwang zum Beitritt nicht ausgeübt werden dürfe. Mit der Streichung des zunächst beabsichtigten Satzes sei man aber keinesfalls vom Freiwilligkeitsprinzip abgewichen.
Dem Versuch, Inhalt und Tragweite einer Verfassungsnorm aus deren Entstehungsgeschichte bzw. der einer Vorgängerin vor über 40 Jahren zu begründen, muß mit Skepsis begegnet werden. Weitgehende äußere Übereinstimmung von Art. 9 III GG und 159 WRV schließen nicht aus, daß sich hinter 9 III GG wegen der anderen Grundidee und Wertskala des GGes, mitbedingt durch die Lehren der Vergangenheit, ein anderer Sinngehalt verbirgt. Die Materialien bezüglich der Entstehung von Art. 9 III GG sind zur Ermittlung des objektiven Willens des Verfassungsgebers nur in sehr engen Grenzen verwertbar (vgl. BverfG. 1,312). Aus der historischen Entwicklung lassen sich aber auch gegen die Anerkennung eines Rechts der nKf in Art. 159 WRV oder 9 III GG Argumente herleiten. Man könnte sagen, daß Art. 153 Gew. O. damals einseitig liberalistisch eingeführt worden sei, um dem einzelnen nach Aufhebung der koalitionsfeindlichen Verbote

[5]) Vgl. Holtkotten, Bonner Komm. Art. 142 (sowie die dort aufgeführte Literatur)
Födisch, RdA 55/89
aA. Ridder, Gutachten S. 7
[6]) Vgl. hierzu besonders Dietz aaO. S. 453
[7]) Literaturangaben finden sich bei Hueck/Nipperdey II S. 115 Anm. 2 und 3

seinen früheren status zu gewährleisten. Mit der Aufhebung dieser Bestimmung am 22. 5. 1918 sei der nKf für die Zukunft der strafrechtliche Schutz genommen worden. Wenn dann der am 11. 8. 1919 in Kraft tretende Art. 159 WRV einen Schutz der nKf hätte enthalten sollen, sei es nicht zu verstehen, warum dieses Recht nicht ausdrücklich normiert wurde, wäre es doch gegenüber der entgegengesetzt verlaufenden Entwicklung eine besondere Besserstellung des Außenseiters gewesen [8]).

Auch die Streichung des ursprünglich vorgesehenen Abs. 4 von Art. 9 GG kann man durchaus anders interpretieren. Wenn der Hauptausschuß mit 12 : 6 Stimmen die Streichung beschlossen hat, wurde doch naheliegenderweise damit zum Ausdruck gebracht, daß in Art. 9 III GG die nKf eben nicht geschützt werden soll. Es wäre wenig sinnvoll, eine klare Bestimmung zu streichen, wenn doch ihr voller Inhalt und Sinngehalt erhalten bleiben soll. Man kann dem Gesetzgeber zutrauen, daß er durch das Weglassen des ursprünglich beabsichtigten Zusatzes eine klare Entscheidung fällen und nicht den alten Meinungsstreit und die exegetischen Versuche der Weimarer Zeit wieder aufleben lassen wollte.

Davon abgesehen, daß der Text des Art. 9 III GG, der ja in jedem Fall Ausgangspunkt für Interpretationsfragen sein muß, keinerlei Anhaltspunkte für eine nKf enthält, ist mit Nipperdey [9]) ein anderes Argument als entscheidend anzusehen: Eine Anerkennung der nKf als subjektives Recht im Sinne des § 823 I BGB würde dazu führen, den Koalitionen auch die adäquaten, von der Rechtssprechung und durch Gewohnheitsrecht sanktionierten Mittel der Mitgliederwerbung zu verschließen. Würde die nKf in Art. 9 III GG den gleichen Schutz, wie die pKf erfahren, so käme dies praktisch einer Verneinung der pKf gleich. Damit wäre den Koalitionen nicht nur ihre Expansionsfreiheit genommen, die Freiheit und Autonomie der Koalitionen selbst wären in ihrem Wesensgehalt betroffen. Das kann nicht Sinn der Verfassung sein.

Bei der Frage, in welchem Verhältnis pKf und nKf zueinander stehen, ist zuzugeben, daß sie begrifflich in gewisser Weise Korrelate sind. Allerdings handelt es sich bei der pKf um ein „soziales Freiheitsrecht"; bei der nKf würde es sich um ein „individuelles Freiheitsrecht" handeln. Wiederholt wird nun der Schluß gezogen, das negative Koalitionsrecht leite sich aus dem positiven Koalitionsrecht her; eine Freiheit der Entscheidung schließe die beiden Richtungen ein, ob man etwas tun oder nicht tun wolle und *deshalb* sei in Art. 9 III GG nicht nur die pKf, sondern auch die nKf geschützt [10]). Dieser Schluß erscheint mir unrichtig. Gerade im Gegenteil kann Art. 9 III, der unbestritten die pKf enthält, nicht auch eine Anerkennung der nKf beinhalten. Es geht nicht an, aus dem Wesen der Koalition ein subjektives Recht Dritter auf Freiheit von der Koalition herzuleiten. Diese Feststellung schließt freilich einen anderweitigen Schutz der nKf nicht aus.

---

[8]) So Hueck/Nipperdey aaO. S. 116, 117

[9]) Dergl. S. 117 am Ende, S. 118

[10]) In diesem Sinne Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I 198, 252; v. Mangoldt, BB 51, 621; Gernandt, ArbG 54, 194

Für einen Schutz der nKf in Art. 9 III wird auch angeführt, daß die Grundrechte von Bonn, deren Hauptteil die Freiheits- und Abwehrrechte bilden, „echte" Grundrechte seien, die dem einzelnen subjektive Rechte gegenüber dem Staate geben [11]). Nach den Grundrechten sei von der Freiheit auszugehen; ein Persönlichkeitsrecht könne nicht durch anonymes Kollektivrecht eingeengt werden. Art. 9 III GG sei nur eine Konkretisierung des allgemeinen Freiheitssatzes und schließe hier, wie sonst auch, die Freiheit ein, etwas zu tun, oder nicht zu tun [12]). Tatsächlich stellt das GG, gerade auf Grund der Lehren der Vergangenheit, viel stärker als die WRV den Menschen und seine freie Entfaltung in den Mittelpunkt der Rechtsordnung. Andrerseits geht das GG auch vom Prinzip des Sozialstaates aus, und es muß daher die Sozialbindung des Individuums auch bei Ausübung von Freiheitsrechten beachtet werden. Wenn Sozialnormen auftreten, muß der Freiheitsbegriff auf der Spannung Individuum - Gemeinschaft beruhen, was nicht heißt, daß sich die Sozialnorm und das entsprechende Freiheitsrecht notwendigerweise aus derselben Bestimmung ergeben. Die Tatsache, daß ein Grundrecht mit besonders starker sozialer Ausprägung aus den allgemeinen Freiheitsrechten des Art. 2 I GG herausgegriffen und besonders ausgestaltet wird, spricht gegen den Schutz eines individuellen Freiheitsrechts in der gleichen Bestimmung. Eine Parallele zu anderen Freiheitsrechten, wie etwa Art. 12 I GG, die auch das „negative Recht" enthalten, ist nicht gegeben, da die Koalitionsfreiheit einer anderen Grundrechtsentwicklung, dem Gedanken der Verpflichtung des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft, entstammt.
Auch über das Prinzip der Freiwilligkeit der Organisationen kann die nKf in Art. 9 III nicht begründet werden [13]). Diese bezieht sich lediglich darauf, daß Koalitionen auf freiwilliger Basis „gebildet" sein müssen, ergreift aber nicht die Werbungsmethoden einer einmal bestehenden, freigebildeten Koalition [14]).
Somit ist in Art. 9 III GG allein die pKf enthalten, die dort einen absoluten Schutz erfahren hat.

c) Der Schutz der nKf in Art. 2 I GG

Zwar findet sich im Katalog der Grundrechte auch an anderer Stelle kein ausdrücklicher Schutz der nKf. Da sie aber die Freiheit der Willensentschließung jedes einzelnen zur Bildung und zum Beitritt zu Koalitionen enthält, ist sie in der allgemeinen Handlungsfreiheit, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, mitenthalten. Dieser Obersatz aller Freiheitsrechte in Art. 2 I GG ist somit Standort der nKf im GG; von dort her erhält sie ihren verfassungsrecht-

[11]) So Födisch, RdA 55, 88
[12]) So Dietz, RdA 57, 178
[13]) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 386
[14]) Vgl. Hueck/Nipperdey II S. 118

lichen Schutz. Dies wird auch fast einhellig im Schrifttum von den Kommentatoren vertreten, die in Art. 9 III nur die pKf geschützt sehen [15]).
Diese allgemeine Handlungsfreiheit steht ebenso, wie die nachfolgenden, speziell normierten Freiheitsrechte, unter der dreifachen Einschränkung des Art. 2 I, 2. Halbsatz. Demnach sind die Freiheitsrechte nur insoweit gewährleistet, als sie nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen, besonders aber, als sie nicht die „Rechte anderer" verletzen. Die in Art. 9 III geschützte pKf und die in Art. 2 I GG mitenthaltene nKf stehen sich in einer Art Wechselwirkung derart gegenüber, daß Maßnahmen der Organisationen gegen den Nichtorganisierten zulässig sind, soweit sie nicht dessen Rechte verletzen. Umgekehrt wird die Freiheit der Nichtorganisierten u. a. durch das Recht der Koalition begrenzt. Damit ordnet sich auch die nKf ohne Schwierigkeiten in das Grundrechtsgefüge ein.
Es bleibt die schwierige Frage, wo die Grenzen der beiden Rechte bei einer Kollision zu ziehen sind. Wenn sich zwei Grundrechte gegenüberstehen, so ist durchaus nicht gesagt, daß sie vom Gesetzgeber mit gleicher Stärke ausgestattet sind. Im Verhältnis pKf — nKf ist das auch gar nicht möglich, da die pKf mit ihrem absoluten Schutz praktisch wieder aufgehoben würde, wenn man der nKf ebenso einen absoluten Schutz geben wollte. Der oben bereits erwähnte Umstand, daß die pKf vom Gesetzgeber aus der Summe der allgemeinen Handlungsfreiheiten herausgegriffen wurde, spricht nicht nur dagegen, daß in dieser Norm gleichzeitig auch das Individualrecht der nKf enthalten ist, sondern bringt auch positiv die Höherbewertung dieses sozialen Grundrechts gegenüber der nKf zum Ausdruck. Meines Erachtens ist die pKf bei einer Relativierung beider Rechte im Falle eines Zusammentreffens höher zu bewerten.
Damit sind keineswegs Akte der Koalitionen, durch die ein direkter Zwang ausgeübt wird, zulässig. Auch bei Höherbewertung der sozialen Gesichtspunkte bräuchte dies der Unorganisierte nicht zu dulden. Die Grenzziehung zwischen dem absoluten Schutz der pKf und dem relativen Schutz der nKf, die mit Ridder [16]) ohnedies nicht als Individualrecht auf „isolierte Existenz" betrachtet werden kann, sondern in eine Sozialverpflichtung eingebettet sein muß, diese Grenzziehung kann nicht in allgemeiner Form erfolgen. In dem durch Art. 19 II

---

[15]) So ua. Bonner Kommentar zu Art. 9 III (Wernicke 9 II 1 d und 3 e BK)
Bogs AR-Bl. unter „Vereinigungsfreiheit"
Heiseke, RdA 1960, 299; vgl. dort auch die Literaturangaben
Heußner, RdA 1960, 295
Galperin, Festschrift für Bogs 59, 95
Biedenkopf, JZ 61, 350
BverfG E. 4, 25
mit Einschränkungen Hueck/Nipperdey II S. 119
ablehnend gegenüber einem Schutz der nKf ua.
Eberhard, RdA 49, 125 und Bachmann, MuA 50, 56 und 250
[16]) So Gutachten S. 8

GG geschaffenen Spielraum ist die Entscheidung anhand des Einzelfalles beim angewandten Mittel, bei der betreffenden Maßnahme zu fällen.
Dabei sind als „Rechte anderer" von den Koalitionen bei ihrer Tätigkeit u. a. die pKf, das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes und besonders die nKf zu beachten. Letztere läßt Nipperdey [17]) außer Acht. Gerade aber dieses auch von ihm in bestimmtem Umfang anerkannte Recht der nKf ist als „Recht anderer" zu berücksichtigen, auch wenn es nur einen relativen verfassungsmäßigen Schutz genießt [18]).

2. Verstößt ein SB gegen dieses Recht der nKf?

a) Die Höhe des Beitrags als entscheidendes Kriterium
Unbestritten verstößt die Ausübung unmittelbaren Zwangs auf einen Außenseiter, Mitglied einer Koalition zu werden, gegen die nKf. Gleiches muß aber auch von einem (mittelbaren) Druck auf den Außenseiter gelten, der zwar die Möglichkeit offen läßt, außerhalb der Koalition zu bleiben, praktisch aber keine freie Entscheidung zuläßt. Dies trifft zu, wenn ein Außenseiter als „Preis" für seine Freiheit von der Koalition die Pflichten eines Koalierten zu erfüllen hat, ohne dessen Rechte zu genießen. Eine solche Regelung käme einem Zwang zum Beitritt gleich und wäre deshalb unzulässig.
Die Hauptverpflichtung eines Gewerkschaftsmitgliedes besteht ohne Zweifel in der Leistung eines bestimmten Geldbetrages an die Gewerkschaft. Ein Außenseiter wird also einen eventuellen Beitritt von der wirtschaftlichen Überlegung abhängig machen, ob die gebotenen Vorteile den Mitgliedsbeitrag wert sind. Die Idee der Gew.-Bewegung allein dürfte heute nur noch wenige Außenseiter zu einem Beitritt veranlassen [19]).
Wenn von einem Außenseiter verlangt wird, an eine Institution — mag sie auch „neutral" sein — einen SB zu zahlen, der so hoch oder höher als der Gew.-Beitrag ist und er als Gegenleistung keine entsprechenden Rechte bekommt, er andrerseits bei Bezahlung des gleichen Betrages an die Gew. in den Genuß vielfältiger Vergünstigungen kommt, dann liegt darin ein so starker Druck auf den Außenseiter, sich zu koalieren, daß man dies als Zwang bezeichnen müßte. Liegt dagegen ein SB wesentlich unter der Höhe des Gew.-Beitrags, so bleibt dem Außenseiter noch eine echte Entscheidungsfreiheit: Er kann den niederen SB zahlen und unkoaliert bleiben oder den höheren Organisationsbeitrag zahlen, dafür aber auch die entsprechende Rechtsstellung erhalten.
Die Frage der Zulässigkeit eines SBs unter dem Gesichtspunkt der nKf hängt also von der Höhe der verlangten Leistung ab [20]). Je geringer der Abstand des SBs zum Verbandsbeitrag ist, um so mehr verschärft sich der noch zu duldende Druck

[17]) Hueck/Nipperdey aaO. S. 120
[18]) So auch Heiseke, RdA 1960 S. 299
[19]) Vgl. Biedenkopf, JZ 1961 S. 350
[20]) Grundsätzlich anderer Meinung ist Merker, DB 1960 S. 1127

zu einem unzulässigen Zwang. Daß die Bedenken, unabhängig von der Höhe des Beitrags, bei einer Leistung des SBs direkt an die Gew. ungleich größer wären, wurde bereits festgestellt; diese Möglichkeit bleibt hier außer Betracht.
Mit dem Problem eines SBs, besonders auch dessen noch zulässiger Höhe, hat sich das Schweizer Recht eingehend befaßt. Da auch in den deutschen Stellungnahmen zum SB viel darauf verwiesen wird, soll vor der endgültigen Beantwortung der Frage nach der zulässigen Höhe eines SBs die Schweizer Regelung behandelt werden.

b) Der SB in der Schweiz
Vorweg muß zum besseren Verständnis auf einige allgemeine Unterschiede zwischen dem Schweizer Arbeitsrecht und unserem Recht eingegangen werden. Es fällt auf, daß dort auf relativ eng begrenzten wirtschaftlichen Sektoren oftmals eine Vielzahl von ArbN-Vereinigungen vorzufinden ist, die zum Teil nur regional, also ohne Dachorganisationen auf Landesebene, wirken. Daraus ergibt sich, daß das Problem der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen sehr aktuell ist, da ja auch jede kleine Organisation das Recht zum Abschluß von GAVen hat[21]). Die Frage der Anwendbarkeit autonomen Rechts auf Anders- bzw. Nichtkoalierte ist damit gestellt. Auf Grund der entwickelten Rechtsinstitute und des ausgeprägten Willens zu friedlicher Zusammenarbeit (Friedensabkommen) bleibt diese Zersplitterung innerhalb der Sozialpartner ohne größere Nachteile. Die Schaffung von Arbeitsbedingungen mit großem Wirkungskreis erscheint den Gew. auch deshalb wünschenswert, weil mangels eines Kündigungsschutzes die Gefahr besteht, daß lohnunterbietende Außenseiter Organisierte aus ihren Stellungen verdrängen.
Dem Institut der AVE stand und steht das Schweizer Recht sehr zurückhaltend gegenüber, obwohl es diese Möglichkeit seit dem 8. 10. 1948 (vorher Bundesbeschluß vom 23. 6. 1943) hat[22]). Auf Grund der Neuregelung vom 28. 9. 1956 wäre sogar über die AVE eines gemeinsamen Anspruchs der TV-Parteien eine Einführung des SBs möglich (Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. 9. 1956). Dennoch ging die Entwicklung des SBs in der Schweiz von einem anderen Institut aus, dem unserem Recht unbekannten „Anschluß" einzelner ArbG oder ArbN an den GAV. Die diesbezügliche gesetzliche Regelung findet sich in Art. 322 bis OblR., der folgendes bestimmt:
1. Einzelne ArbG und einzelne im Dienste beteiligter ArbG stehende ArbN können sich mit Zustimmung der Vertragsparteien dem GAV anschließen und gelten als beteiligte ArbG und ArbN.
2. Der GAV kann den Anschluß näher regeln. Unangemessene Bedingungen der Anschlüsse, insbesondere Bestimmungen über unangemessene Beiträge, können vom Richter nichtig erklärt oder auf das zulässige Maß beschränkt werden. Bestimmungen eines GAVes oder Abreden über Beiträge zugunsten einer einzelnen Vertragspartei sind nichtig.

---

[21]) Vgl. die diesbezüglichen Angaben bei Kauffmann, Arb. u. Recht 1961, 267
[22]) Hug, RdA 1958, 87

Der Abs. 2 des Art. 322 bis OblR. ist also Rechtsgrundlage für die Festlegung eines SBs. Er hat aber damit nur für zulässig erklärt und normiert, was vorher bereits durch ständige Rechtssprechung des Bundesgerichts feststand. Die Erhebung eines angemessenen SBs ist zulässig, wenn ein Anschlußvertrag in der von Art. 322 ter Abs. 3 geforderten Schriftform vorliegt. Er erfolgt meist in Form einer Verpflichtungserklärung des ArbN mit einer Zustimmungserklärung der Vertragsparteien. Der sich Anschließende kommt als Tarifbeteiligter nunmehr in den Genuß der Regelungen des GAV. Es ist festzuhalten, daß bei dieser Möglichkeit die Verpflichtung zur Zahlung des SBs lediglich auf der freiwillig eingegangenen Verpflichtung im Anschlußvertrag beruhen kann [23]).

Die Durchführung der Beitragszahlung erfolgt meist in Verbindung mit dem unter A V 2 d erwähnten Arbeitskartensystem. Der unkoalierte ArbN, der sich an den GAV angeschlossen hat, führt den Unkostenbeitrag in der Regel an eine paritätische Berufskommission ab, die auch die Durchführung des Vertrages überwacht. Durch den GAV sind die ArbG verpflichtet, nur vertragstreue ArbN zu beschäftigen; vertragstreue ArbN sind verpflichtet, nur bei vertragstreuen ArbG Arbeit aufzunehmen.

Die Abfassung dieser Klauseln in den GAV ist inhaltlich weitgehend gleich. Allerdings wird deren Bedeutung und Verbreitung vielfach überschätzt. Nur auf zwei ziemlich klar umgrenzten Wirtschaftsgebieten hat der SB in der Schweiz wirkliche Bedeutung erlangt: Im graphischen Gewerbe (zum Teil aus altem, ständischem Gedankengut zu erklären) und im metallverarbeitenden Gewerbe, vorwiegend in GAV, an denen der Schweizer Metall- und Uhrenarbeiterverband beteiligt ist [24]).

Die Untersuchung weiterer Vorfragen ist zum Verständnis der hier interessierenden Verfassungsfragen nicht erforderlich.

Die Frage der zulässigen Höhe eines SBs wird auch in der Schweiz vom Recht der Koalitionsfreiheit her beantwortet. Da soziale Grundrechte, wie sie das GG kennt, der Schweizer Bundesverfassung von 1948/1874 unbekannt sind, wird auf die Vereinigungsfreiheit und die allgemeinen Persönlichkeitsrechte zurückgegriffen. Ausgehend von der grundsätzlichen Zulässigkeit eines SBs aus dem Gedanken des Vorteilsausgleichs prüfte das BG in zwei wichtigen Entscheidungen die zulässige Höhe des SBs.

Das Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizer Bundesgerichts vom 25. 5. 48 (BGE 74/158 ff) führte dazu u. a. aus, daß der SB, den ein Nichtorganisierter zum Vorteilsausgleich aufzubringen habe, in der Regel etwas mehr als der Mitgliedsbeitrag bei einem ArbN-Verband betrage [25]). Die Erhebung eines SBs be-

---

[23]) Vgl. dazu die ausführlichen Stellungnahmen bei Hueck, Gutachten S. 18, 19; Hug, RdA 1958, 87; Naegely, Festschrift St. Gallen 1949, S. 418 ff

[24]) Vgl. Hueck, Gutachten S. 10, 11

[25]) Das BG verweist dabei auf Schweingruber, Entwicklungstendenzen in der Praxis der GAV — Zeitschrift des Berner Juristenvereins 1947, 249 ff

deute unstreitbar für den Nichtorganisierten einen Anreiz, sich dem Verband anzuschließen, da finanzielle Vorteile des Fernbleibens von der Organisation mehr als aufgewogen würden. Die Entscheidung erkennt auch an, daß dieser Entschluß als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts in völliger Freiheit gefaßt werden müsse. Eine übermäßige Belastung durch einen SB, die sich faktisch als Beitrittszwang auswirken würde, müßte sich dann als unzulässige Beeinträchtigung des in Art. 28 ZGB gewährleisteten Persönlichkeitsrechts darstellen. Bewege sich aber die Belastung ungefähr in der Höhe eines üblichen Mitgliedschaftsbeitrags, so daß ein ArbN, der es vorzieht, außerhalb eines Verbandes zu bleiben, dies ohne ernstliche finanzielle Opfer tun könne, so lasse sich gegen die rechtliche Zulässigkeit nichts Stichhaltiges einwenden. Nach dieser Entscheidung stellen die Wahrung der gemeinsamen Interessen und die Sicherung der Existenz aller Angehörigen des Berufsstandes durch Schaffung einheitlicher Mindestbedingungen ebenfalls legitime Zwecke dar, die eine gewisse Beschränkung der Bewegungsfreiheit des einzelnen erforderlich machten und zu rechtfertigen vermöchten.

Diese zu weit gehende Meinung wurde, was die Höhe eines SBs anbelangt, im Urteil vom 13. 9. 1949 (BGE 75, 305 ff) ausdrücklich aufgegeben. Bei erneuter Prüfung, so führte das Bundesgericht aus, könne nicht daran festgehalten werden, als Gradmesser für die Angemessenheit des SBs schlechthin die Höhe des Mitgliedschaftsbeitrags beim vertragschließenden Verband zu verwenden. Denn die Koalierten erhielten als Gegenwert für ihren Mitgliedschaftsbeitrag nicht nur die Vorteile des in Frage stehenden GAV, sondern darüber hinaus die verschiedensten direkten und indirekten Vergünstigungen als Ausfluß ihrer Mitgliedschaft. Letzteres könne bei der Bemessung des SBs nicht unberücksichtigt bleiben. Da nur ein Bruchteil der Mittel aus Mitgliedschaftsbeiträgen für einen bestimmten GAV verwendet würden, könne auch nur dieser bei der Bemessung des SBs in Ansatz kommen. Eine Annäherung der Höhe des SBs an den Gew.-Beitrag solle die Abwanderung von Verbandsmitgliedern verhüten bzw. eine Werbewirkung erzielen. Das aber sei nicht schutzwürdig, verstoße vielmehr gegen Art. 28 ZGB und müsse unter dem Gesichtspunkt der guten Sitten als unzulässig erklärt werden. Ausschlaggebend könne allein der Gesichtspunkt des billigen Vorteilsausgleichs zu Lasten der Außenseiter sein. Das BG ist der Ansicht, daß die zum Zustandekommen und zur Durchführung des Vertrages und auch die zur Erreichung der wirtschaftlichen Potenz erforderlichen Leistungen bewertet werden dürften. Der Wert des vermittelten Vorteils dürfe aber nicht offensichtlich überstiegen werden.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall mußte der Kläger jährlich 60.— Franken an SB aufbringen, der Beitrag bei der vertragschließenden Organisation betrug 80.— Fr. Das BG hat einen SB von höchstens 40.— Fr. für den Außenseiter noch für zulässig erachtet.

Die heutige Rechtsauffassung in der Schweiz entspricht dieser Entscheidung im

75. Bande. Sie sieht die noch zulässige Höhe eines SBs etwa bei der Hälfte des Verbandsbeitrages [26]).

c) Die noch zulässige Höhe eines SBs

Zusammenfassend kann zur Schweizer Regelung gesagt werden, daß sie bei der Bemessung der zulässigen Höhe eines SBs streng vom Vorteilsausgleich ausgeht. Das Institut des Einzelanschlusses an einen bestimmten GAV erleichtert die Feststellung des tatsächlich erlangten Vorteils des Außenseiters. Soweit der Gedanke der Werbung von Mitgliedern für die Gew. in den Vordergrund tritt, verstößt der SB gegen Art. 28 ZGB. Die Entscheidung, daß die Hälfte des Mitgliederbeitrages die obere Grenze für einen SB bildet, erscheint auf Grund der vom BG angestellten Überlegungen gerechtfertigt.

Im Unterschied zur Schweiz ist bei einer eventuellen Regelung in Deutschland zu bedenken, daß der Gedanke des Vorteilsausgleichs hier etwas weiter gefaßt werden muß (vgl. oben A IV 1). Es kann nicht auf einen auszugleichenden Vorteil, der durch einen bestimmten TV erlangt wurde, abgestellt werden. Daraus ergibt sich auch ein gewisser Unterschied in der Akzentuierung der Frage. Während in der Schweiz die Höhe des SBs hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt des angemessenen Vorteilsausgleichs geprüft wird, steht bei uns mit Blickrichtung auf eine Stärkung der Gew. die Frage im Vordergrund, ob ein bestimmter SB die Koalitionsfreiheit noch unberührt läßt. Dennoch gibt die Entscheidung des Schweizer BG, da sie die durch das Persönlichkeitsrecht gezogenen Grenzen beachtet, einen wesentlichen Hinweis.

Auch nach unserem Recht halte ich einen SB, der die Hälfte eines Gew.-Beitrages ausmacht, verfassungsrechtlich noch für zulässig. Ein Beitrag, der diese Höhe nicht oder nicht wesentlich überschreitet, läßt dem Außenseiter noch eine echte Entscheidungsfreiheit. Ein Anreiz, der Gew. beizutreten, ist auch hier gegeben; als Zwang zum Beitritt läßt sich dies aber schwerlich bezeichnen. Bei der genannten Höhe steht der Beitrag auch noch in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen, die ein Außenseiter tatsächlich durch die Tätigkeit der Organisationen erlangt. Eine höhere Forderung könnte durch diesen Gedanken nicht gerechtfertigt werden. Andrerseits wäre der Beitrag auch nicht so gering, daß ein Anreiz ausgeübt würde, die Koalition zu verlassen und nur den SB zu bezahlen. Dem entspricht die Ansicht Müllers [27]), der einen Betrag von 50%, in besonderen Fällen von 60%, des Organisationsbeitrags noch für zulässig erachtet.

[26]) Vgl. an weiterer Literatur zum SB in der Schweiz:
Zumbühl, „Die Heranziehung der Außenseiter zu Beiträgen an die Berufsgemeinschaft", Schw. ArbG Ztg. 1945 S. 454 ff
Gysin, RdA 1950 S. 6
Tschudi, „GAV u. Außenseiter" in „Wirtschaft u. Recht" 1953 S. 42 ff
Lusser, „Ist Zwang zum Eintritt in die Gew. zulässig?" Schw. Jur. Ztg. 1956 S. 69 ff
Dudra, „Der SB der Außenseiter" in „Gewerksch. Rundschau" 1960 S. 347 ff
im übrigen s. bei Heußner, RdA 1960 S. 298 Fußnote 4

[27]) Gutachten S. 29

Da es unmöglich ist, rein numerisch die Grenze für den höchst zulässigen Beitrag allgemein festzulegen, erscheint es mir angebracht, mit 50% einen gegenüber der nKf noch vertretbaren Betrag zu nennen, einen wesentlich höheren Betrag aber nur beim Vorliegen besonderer Gründe zuzulassen. Solche könnten dann vorliegen, wenn in einem Wirtschaftszweig den Außenseitern durch die Organisationen außergewöhnliche Vorteile vermittelt werden [28]).
Damit steht meines Erachtens die nKf einem SB, dessen Höhe sich in den aufgezeigten Grenzen hält, nicht entgegen.

III. Prüfung unter dem Gesichtspunkt der pKf

1. Der Inhalt der pKf

Wie bereits angedeutet, enthält Art. 9 III GG unbestritten das Verbot jeder Beeinträchtigung, durch die jemand am Eintritt oder Bleiben in einer Koalition gehindert wird. Für den einzelnen ist das Recht der Auswahl unter allen bestehenden Koalitionen, bei welcher er Mitglied werden will, gewährleistet. Außerdem beinhaltet Art. 9 III GG das Recht zur Neugründung einer Organisation des Arbeitsrechts [29]). Auf die Größe und die praktische Bedeutung einer Koalition kommt es für den Schutz aus Art. 9 III GG nicht an. Jede Koalition ist kraft ihrer Rechtsstellung dazu berufen, soziale Aufgaben bestimmter Art zu erfüllen. Daraus ergibt sich das unter den Gew. geltende Prinzip der „gegenseitigen Duldung". Dieses verbietet die Tätigkeit einer Organisation, die sich konkret gegen eine andere Organisation des AR richtet [30]).

2. Möglichkeit eines Vorstoßes gegen dieses Recht

a) Eine Verletzung der pKf könnte in der Beeinträchtigung der Wahlfreiheit des Außenseiters zwischen verschiedenen Koalitionen liegen. Das wäre der Fall, wenn eine Gew. eine tarifliche SB-Klausel festlegen würde, nach der ein Außenseiter bei einer anderen als der tarifschließenden Gew. neben dem betreffenden Organisationsbeitrag auch noch den „vollen" SB an die VAK zahlen müßte. Eine solche drohende Doppelbelastung würde den Außenseiter bei seiner Entscheidung, welcher Koalition er beitreten soll, in stärkstem Maße zugunsten der tarifschließenden Gew. beeinflussen. Das aber würde die Rechte der anderen Gew. und damit die pKf verletzen. Praktisch könnte eine solche Doppelbelastung einer Gew. mit ohnedies starkem Übergewicht gegenüber anderen Gew. den Weg zu einer Mono-

[28]) Heußner, RdA 1960 S. 295 hält ohne weitere Begründung einen Beitrag in Höhe von 2/3 des Organisationsbeitrags für zulässig
[29]) Anderer Ansicht ist Ridder, Gutachten S. 18, der das Recht der Auswahlfreiheit unter den Koalitionen nicht in Art. 9 III GG geschützt sieht. Er kommt aber über Art. 2 I zum gleichen Ergebnis.
[30]) Vgl. Hueck/Nipperdey aaO. S. 111

polstellung ebnen. Die freie Bildung der Koalitionen steht aber dem GG höher, als die Verhinderung einer gewissen Zersplitterung und damit einer Schwächung des Faktors Arbeit durch Vorhandensein mehrerer Gew.

b) Das gleiche Problem, wie es bei den Außenseitern auftauchen kann, ergibt sich auch bei den bereits anderweitig Organisierten. Wollte man sie einer Doppelbelastung in vollem Umfang aussetzen, so käme dies einer Abwerbung gleich und wäre damit als Verstoß gegen die pKf ebenfalls unzulässig [31]).

c) Um dieser unzulässigen Beeinträchtigung der Nicht- bzw. Anderskoalierten abzuhelfen, könnte man den Verbandsbeitrag bei anderen Koalitionen bei der Berechnung des SBs in Ansatz bringen [32]). Dadurch würden sich die Bedenken aus dem Gesichtspunkt der pKf hinsichtlich der freien Wahl unter den Koalitionen, wie auch einer unzulässigen Abwerbung verringern.

Ein der Höhe nach herabgesetzter SB kann in diesen Fällen meines Erachtens aber nur dann die bestehenden Bedenken beseitigen, wenn ein SB lediglich einen Vorteilsausgleich dafür bringen soll, daß ein bestimmter TV durch die AVE während der Dauer der Tarifunterworfenheit auch den Außenseitern zugute kommt. Der Betrag würde dann dem tatsächlichen Aufwand der vertragschließenden Organisation entsprechen. Überdies müßte eine nichttarifschließende Gew. die Pflicht ihrer Mitglieder zur Zahlung des ermäßigten SBs durch einen Anschluß-TV abwenden können [33]).

Während im Falle der AVE eines TVs eine Herabsetzung des SBs genügend erscheint, um die verfassungsrechtlichen Zweifel zu beseitigen, kann dies nach meinem Dafürhalten für einen allgemein gefaßten SB nicht gelten. Soll der SB nur ein Ausgleich dafür sein, daß die Gew. auch für die Außenseiter tätig wird, dann folgt schon aus der Gleichstellung aller Gew., daß dieser Beitrag nur Nichtkoalierte erfassen kann. Auch eine kleine Gew. nimmt kollektive Arbeitnehmerinteressen wahr und hat Anteil an der sozialen Entwicklung im Staate. Art. 9 III GG würde deshalb eine allgemeine Heranziehung der Anderskoalierten nicht zulassen. Bei der Verwendung der Beiträge der Außenseiter wäre besonders darauf zu achten, daß sie einer neutralen Institution zugeführt werden. Es dürfen daraus keine Vorteile für eine bestimmte Organisation entstehen.

d) Die hier aufgezeigten Bedenken sind im Vorschlag der IG Bau nicht berücksichtigt. Nur für die Organisierten der tarifschließenden Gew. soll der SB von der VAK an die Gew. weitergeleitet werden. Soweit auf diesem Wirtschaftssektor noch andere Gew. neben dem DGB tätig sind, wäre das nach den oben angestellten Erörterungen eine unzulässige Einschränkung der pKf. Die Schweiz läßt eine solche Doppelbelastung zu (vgl. BGE 75 II 169). Dabei ist aber zu beachten, daß es sich dort um einen freiwilligen Anschluß an einen „bestimmten TV" zum

---

[31]) Vgl. zur Frage der Anderskoalierten Ridder VII S. 17 ff

[32]) So Heußner, RdA 1960, S. 298, der auch an Hand eines Beispiels die erforderliche Herabsetzung des SBs aufzeigt

[33]) aA. Müller, Gutachten S. 17

Ausgleich der erlangten Vorteile handelt. Zudem ist ein dem Art. 9 III GG entsprechendes Sozialgrundrecht dort nicht gegeben.

IV. Sonstige Bedenken

1. Aus dem Prinzip der Unabhängigkeit der Sozialpartner

a) Neben der Koalitionsfreiheit setzen auch andere Grundrechte, besonders die in Art. 9 III ausgeprägten sonstigen Grundsätze des Koalitionsrechts, der Autonomie der Tarifpartner Grenzen. Vor allem läßt das Prinzip der Unabhängigkeit einer Koalition vom anderen Sozialpartner, wie auch der Unabhängigkeit und Freiheit von staatlichen Eingriffen, es fraglich erscheinen, ob gewisse Modalitäten eines SBs zulässig sind.
b) Das mit dem Wesen und der Aufgabe einer sozialen Vereinigung verbundene Prinzip der Unabhängigkeit von der Gegenseite [34]) könnte beeinträchtigt sein, wenn zum Zwecke der Eintreibung oder Verwendung des SBs ein Sozialpartner den anderen derart unterstützt, daß eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit entsteht. Denn die Funktionsfähigkeit der Tarifpartner hängt zum Großteil von einer gewissen Gegenläufigkeit ab. Dieser Grundsatz läßt meines Erachtens gegenseitige Hilfeleistungen der Sozialpartner auch lediglich technischer Art dann nicht zu, wenn dadurch, zumindest mittelbar, eine auch finanziell wertbare Stärkung des anderen Teils erfolgt. Auf die diesbezüglichen Bedenken gegen einen Abzug vom Lohn durch den ArbG wurde bereits hingewiesen (A V 2).
Auch das im Schweizer Recht oft geübte gemeinsame Vorgehen von ArbG und Gew. gegen die Anders- und Nichtkoalierten zur Eintreibung des SBs scheint mir nicht ganz unbedenklich zu sein. Daß die Tarifpartner in gewisser Weise zusammenarbeiten können und auch sollen, zeigt schon Art. 4 Abs. 2 TVG. Andrerseits ist die Position des einzelnen ArbG und ArbN gegenüber den Verbänden von einer gewissen Spannung unter den Sozialpartnern abhängig. Üben sie gemeinsamen Druck auf den einzelnen aus, so steht dieser, je nach der Art des Vorgehens, einer Übermacht gegenüber, die auch aus dieser Sicht ein gemeinsames Vorgehen als Vorstoß gegen das Koalitionsrecht erscheinen läßt.
Es wäre deshalb bei einem SB zu beachten, daß sich das gemeinsame Vorgehen der Tarifpartner (etwa im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG) noch in zulässigen Grenzen hält.
c) Ebenso gefährlich für das freie soziale Grundverhältnis der Koalitionen wäre ein Eingriff des Staates. Dies auch dann, wenn das im GG vorausgesetzte Gleichgewicht der Koalitionen gestört wäre. Einen solchen unzulässigen Eingriff könnte die Stärkung eines Sozialpartners durch Einführung eines SBs mittels Gesetzes bedeuten, besonders wenn damit einseitig eine Stärkung des einen Partners bezweckt wird. Diesen Bedenken ist das Institut der AVE trotz des staatlichen

[34]) s. Hueck/Nipperdey S. 68

Hoheitsaktes nicht ausgesetzt, da ja hier von beiden Tarifpartnern gemeinsam geschaffene Normen auf die beiderseitigen Außenseiter ausgedehnt werden.
d) Im Zusammenhang mit diesen Gesichtspunkten, die aus dem Wesen der Koalition hergeleitet sind, sei auch noch das bereits erörterte Prinzip der „Freiwilligkeit" erwähnt (vgl. oben II 1 b). Aus ihm lassen sich aber gegen einen SB keine Bedenken herleiten. Sollte ein SB so hoch sein, daß man ihn als Koalitionszwang ansehen müßte, würde er gegen die nKf, nicht aber gegen den Grundsatz der freien Bildung von Koalitionen verstoßen.

2. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und Art. 12 I 1 GG

a) Da ein SB zwangsläufig eine Differenzierung zwischen Organisierten und Nicht- bzw. Anderskoalierten vornehmen würde (dies kann auch durch die vorgeschlagene VAK nicht verdeckt werden), könnte an eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gedacht werden. Aus diesem läßt sich aber nicht ableiten, daß alle ArbN gleich zu behandeln wären. Das genannte Prinzip enthält nur ein Willkürverbot und erfordert, tatbestandlich Gleiches rechtlich gleich, Ungleiches dagegen ungleich zu behandeln. Innerhalb des vorliegenden Sachverhalts kann man aber Organisierte und Außenseiter keinesfalls als gleich bezeichnen. Diese Differenzierung ist hier durchaus sachgemäß, sie wird vom Gesetzgeber auch in verschiedenen Bestimmungen durchgeführt [35]). Bedenklich wäre es allerdings, wenn innerhalb einer Gruppe, etwa der Nichtorganisierten, eine verschiedene Behandlung erfolgen würde. Insbesondere bei einer Regelung mittels schuldrechtlicher Vereinbarung wäre es möglich, daß die Nichtorganisierten nur teilweise erfaßt werden (vgl. unten C IV 1 b).
b) Die Schranken, die Art. 12 I 1 GG setzen kann, wurden bereits angedeutet (A V 2 d). Bei der Durchführung des SBs könnte die Anwendung von Absperrklauseln eine Verletzung des Rechts auf freie Berufswahl bedeuten. So sieht Nipperdey [36]) in dem Verbot, unorganisierte ArbN einzustellen, eine Verletzung von Art. 12 I 1 GG. Es ist aber zweifelhaft, ob diese Grundrechtsbestimmung überhaupt einen Anspruch auf Beschäftigung bzw. auf eine bestimmte Beschäftigung enthält. Auch würde es sich hier nicht um eine generelle Zurückweisung von Außenseitern handeln, sondern nur um eine solche von Außenseitern, die keinen SB bezahlen wollen. Dennoch ist die ungünstigere Position der Nichtorganisierten bei der Wahl ihres Arbeitsplatzes nicht unbedenklich, besonders wenn diese Zurückweisung infolge einer weiten Verbreitung der Absperrklausel existenzgefährdend würde [37]).

[35]) Vgl. dazu Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 66
Hueck/Nipperdey S. 336, 337
Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 103
[36]) Hueck/Nipperdey S. 122/123
[37]) Galperin, Festschrift für Bogs S. 104

3. Die Frage eines Mitspracherechts der Beitragszahler

a) Diese in den meisten Stellungnahmen zum SB übergangene Frage greift Ridder [38]) auf. Er geht von der Anforderung des GG an die innere Verfassung öffentlich wirkender Verbände aus und gibt zu bedenken, ob nicht eine Verpflichtung bestünde, aus den Reihen der bloß Beitragspflichtigen wenigstens ein Konsultativorgan zu erstellen.
b) In Anbetracht der doch recht erheblichen Geldmittel, die ein SB einbringen würde, erschiene eine solche Institution durchaus angebracht. Eine Verpflichtung, dieses Organ zu errichten, scheint mir aber nicht zu bestehen. Wer seinen Pflichten echte Rechte gegenübersehen will, muß eben Mitglied einer Organisation werden. Hinweise auf Mitspracherechte bei den Zwangsmitgliedschaften des öffentlichen Rechts sind unzutreffend, da es sich hier weder um eine Zwangsmitgliedschaft, noch eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handeln würde. Da der SB nicht an eine Organisation, sondern eine außerhalb der Organisationen stehende Einrichtung gezahlt werden soll, liegt auch keine Frage der Innenstruktur einer Organisation vor.
c) Die Verwendung des SBs zu neutralen Zwecken könnte freilich sehr gut durch ein Organ der Beitragszahler mit überwacht werden. An der neutralen Verwendung der Beiträge hat der zur Zahlung Verpflichtete schließlich ein berechtigtes Interesse. Vielleicht hält ihn gerade die wirtschaftliche oder politische Betätigung der Organisation vom Beitritt zu einer Organisation ab.

V. Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Prüfung

1. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Gew. mit der Forderung nach Einführung eines SBs eine Einrichtung anstrebte, die hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit, wie auch der Zulässigkeit mancher Modalitäten bei der Durchführung, den durch das GG gezogenen Grenzen sehr nahe kommt. Die Hauptbedenken bestehen vom Gesichtspunkt der Koalitionsfreiheit her.
2. Es wurde aber auch festgestellt, daß bei Begrenzung der Höhe des Beitrags auf ein angemessenes Maß und bei Beschränkung der Maßnahmen im wesentlichen auf die Gruppe der Nichtorganisierten, diese Bedenken ausgeräumt werden können. Auch bei der Durchführung müßte allerdings auf gewisse Ausgestaltungen verzichtet werden.
3. Es bleibt die Frage, ob eine solche SB-Klausel, wie dies der Vorschlag der IG Bau vorsah, im Rahmen eines TVs eingeführt werden könnte. Dies würde auch der Weg sein, auf dem sich praktisch am ehesten ein SB verwirklichen ließe. Ob das TVG diese Möglichkeit zuläßt, soll in Abschnitt C untersucht werden.

[38]) Ridder, Gutachten S. 16/17

C. Prüfung der tarifrechtlichen Zulässigkeit eines SBs

I. Allgemeine Vorbemerkungen

1. Im folgenden ist an Hand des TVG in der Fassung des Bundesgesetzes vom 11. 1. 1952 zu prüfen, ob eine SB-Klausel, wie sie oben unter bestimmten Einschränkungen für verfassungsrechtlich zulässig erachtet wurde, in einem TV von den TV-Parteien vereinbart werden kann.
2. Entsprechend der regelmäßigen Gliederung eines TV in einen „normativen" und einen „schuldrechtlichen" Teil, zerfällt auch diese Untersuchung in die beiden Hauptfragen, ob ein SB normativ oder wenigstens schuldrechtlich vereinbart werden kann. Dabei stehen die Normen, zu deren Schaffung die TV-Parteien durch das TVG ermächtigt wurden, im Vordergrund der Untersuchung [1]). Im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer normativen Regelung des SBs ist auch auf das Institut der AVE einzugehen. Das TVG (§ 5) sieht vor, daß durch diesen Akt des Staates unter bestimmten Voraussetzungen die auf die Mitglieder beschränkte Wirkung der Normen auch auf Außenseiter ausgedehnt werden kann [2]).

II. Die in Betracht kommenden normativen Bestimmungen

Die Fälle, in denen Bestimmungen eines TV normative Wirkung haben, sind in den §§ 1 Abs. 1 und 4 Abs. 2 TVG abschließend aufgezählt. Es sind dies Rechtsnormen, die den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regeln (sog. Inhaltsnormen), Normen über den Abschluß von Arbeitsverhältnissen (sog. Abschlußnormen) und Normen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen (sog. Betriebsnormen). Gemäß § 4 Abs. 2 TVG haben auch Vereinbarungen der TV-Parteien über gemeinsame Einrichtungen normative Wirkung. Aus dieser abschließenden Zahl von Möglichkeiten einer normativen Regelung sind lediglich, als für eine SB-Klausel offensichtlich unbrauchbar, die Betriebsnormen auszuscheiden [3]). Alle anderen Fälle könnten in Betracht kommen, werden auch in den Stellungnahmen zum SB behandelt.

[1]) Vgl. bei Hueck/Nipperdey aaO. S. 180
[2]) Vgl. Hueck/Nipperdey S. 471
[3]) Hueck, Gutachten S. 13 schließt diese Normen auch aus

1. Inhaltsnormen

a) Unter Inhalts- oder Arbeitsnormen sind Bestimmungen zu verstehen, die nach dem Willen der TV-Partner den Inhalt von Arbeitsverhältnissen im Sinne des Arbeitsrechts regeln sollen. Sie legen die Arbeitsbedingungen und damit die aus dem Arbeitsverhältnis hervorgehenden Rechte und Pflichten von ArbG und ArbN fest [4]). Meist wird es sich dabei um Bestimmungen handeln, die auch in einem Einzelarbeitsvertrag enthalten sein können.
b) Allerdings wird der Einzelarbeitsvertrag vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht — nur Gesetz und die guten Sitten ziehen ihm also eine Grenze. Bei den Inhaltsnormen muß es sich aber nach § 1 Abs. 1 TVG (vgl. § 4 I 1 TVG) um Bestimmungen handeln, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen „ordnen". Darin kommt einmal die Ordnungsfunktion zum Ausdruck, die der TV durch seine unabdingbare Wirkung erfüllen soll [5]). Zum anderen geht daraus aber auch hervor, daß Inhaltsnormen Punkte regeln müssen, die „unmittelbar" den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffen und mit diesem nicht lediglich in einem losen, äußeren Zusammenhang stehen. Es muß sich um die direkte Regelung der Beziehungen zwischen ArbG und ArbN handeln [6]).
c) Diese Voraussetzungen erfüllt eine SB-Klausel nicht. Sie legt die Pflicht des ArbN fest, an eine außerhalb seines Arbeitsverhältnisses liegende Institution Beiträge zu leisten, hat also unmittelbar mit dem Arbeitsverhältnis nichts zu tun. Die Beitragspflicht weist nicht auf ein zwischen ArbG und ArbN bestehendes Rechtsverhältnis der geforderten Art hin [7]). Mit einer SB-Klausel würde ein TV nicht mehr echte Arbeitsbedingungen regeln, sondern über die Sphäre des Arbeitsverhältnisses hinausgehen.
d) Weiter spricht gegen die Festlegung des SBs in einer Inhaltsnorm auch, daß Beschränkungen des ArbN in der Verfügung über den von ihm verdienten Lohn grundsätzlich nicht normativ geregelt werden können [8]). Das geht schon daraus hervor, daß ein TV nicht in die Individualsphäre des ArbN eingreifen kann, soweit diese außerhalb des eigentlichen Arbeitsverhältnisses liegt. Durch Bestimmungen über die Verwendung des Lohnes wäre aber ein sehr einschneidender Eingriff in die individualrechtliche Position des ArbN möglich. Eine derartige Kollektivnorm wäre mithin unwirksam [9]). Sie wäre auch nicht durch einen Hinweis auf die Zulässigkeit einer inhaltsnormativen Regelung von Sozialkassen, Ausgleichskassen u. a. zu halten, da diese eine völlig andere Zweckbestimmung haben und durchaus mit dem konkreten Arbeitsverhältnis in unmittelbarem Zusammen-

[4]) s. dazu Nikisch II S. 287 ff; Hueck/Nipperdey S. 180 ff; Hueck TVG § 1, 34
[5]) Siebert in Festschrift für Nipperdey S. 122
[6]) Vgl. Hueck TVG §1, 37; Hueck/Nipperdey S. 189, 191; Siebert aaO. S. 140
[7]) So auch Diekhoff, DB 1961 S. 167, 168, der allerdings darin einen vereinsrechtlichen Tatbestand sehen will
[8]) Hueck/Nipperdey aaO. S. 190
[9]) Siebert aaO. S. 139, 140

hang stehen [10]). Näheres darüber wird in Verbindung mit der Besprechung der „gemeinsamen Einrichtungen" im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG erörtert. Nikisch [11]) stellt in dieser Frage mehr auf den sozialen Schutzzweck ab, gelangt aber bezüglich der Lohnverwendungsabreden zum gleichen Ergebnis.

e) Diese Gründe, wie sie besonders im Gutachten von Hueck [12]) dargetan sind, lassen eine SB-Regelung als Inhaltsnorm nicht zu, wäre doch auch eine solche Bestimmung mit den üblichen Inhaltsnormen, die etwa Lohn-, Urlaubs- und Kündigungsfragen betreffen, keinesfalls gleichzusetzen. Selbst für den Fall der Zulässigkeit wäre aber zu beachten, daß die in § 4 TVG geregelte normative Wirkung der Inhaltsnormen auf tarifgebundene Personen im Sinne des § 3 TVG beschränkt ist; gerade die nicht tarifgebundenen ArbN, die der SB in erster Linie treffen soll, würden somit durch einen einfachen TV gar nicht erfaßt werden. Eine nach § 5 TVG grundsätzlich in Betracht kommende AVE zur Erfassung der Außenseiter [13]) (vgl. nähere Ausführungen dazu unten III 2), scheitert daran, daß der SB aus den dargelegten Gründen nicht durch einfache Inhaltsnorm geregelt werden kann. Das aber wäre Voraussetzung für eine Ausdehnung der Wirksamkeit auf Außenseiter mit Hilfe der AVE [14]).

Die übrigen gutachtlichen Stellungnahmen [15]) gehen auf die Möglichkeit einer tarifrechtlichen Regelung des SBs durch Inhaltsnormen nicht näher ein. Lediglich der Vorschlag Ridders [16]), von allen ArbN einen bestimmten Teil des Bruttolohnes als Unkostenbeitrag für die Gew. einzubehalten, könnte so angesehen werden, daß mittels einer Inhaltsnorm eine Regelung erfolgen soll. Auf diese Weise wäre nach Ridder die Möglichkeit gegeben, einen Teil des Gew.-Beitrags in den normativen Teil des TVs zu ziehen, was dann die AVE ermöglichen würde. Die oben geäußerten Bedenken bleiben aber auch hier bestehen. Außerdem müßte diese Art des SBs als Verstoß gegen die nKf angesehen werden.

2. Abschlußnormen

a) Gegenüber den Inhaltsnormen von weit geringerer Bedeutung sind die Abschlußnormen, die die „Begründung" von Arbeitsverhältnissen regeln. Wenn sie überhaupt eine SB-Klausel enthalten können, wäre die Wirksamkeit also auf neu abzuschließende Arbeitsverträge beschränkt. Bereits bestehende Arbeitsverhält-

---

[10]) Hueck/Nipperdey S. 190 Anm. 47

[11]) Nikisch II S. 294

[12]) Hueck, Gutachten S. 13 — 15

[13]) Vgl. Hueck, TVG § 5, 27

[14]) s. Hueck/Nipperdey aaO. S. 473; Hueck, TVG § 5, 24

[15]) Müller S. 3 und 4 hält eine normative Regelung allenfalls in der Form der Abschlußnorm für möglich.
Diekhoff, DB 1961 S. 167 sieht überhaupt keine Möglichkeit, einen SB in einem TV einzuführen

[16]) Ridder S. 4 zieht auch in erster Linie eine Abschlußnorm in Erwägung

nisse können normativ nur eine Inhaltsnorm (diese Möglichkeit wurde bereits abgelehnt) oder eine Betriebsnorm ergreifen. Somit wären die Abschlußnormen schon grundsätzlich für eine umfassende Regelung des SBs nur wenig geeignet. Ihr regelmäßiger Inhalt sind Formvorschriften für die Begründung von Arbeitsverträgen, Abschlußgebote und Abschlußverbote [17]).

b) Um einen SB der Außenseiter normativ in einer Abschlußnorm zu regeln [18]), wäre allenfalls eine Bestimmung des Inhalts in Erwägung zu ziehen, daß ein Mitglied der tarifschließenden ArbG-Organisation ArbN-Außenseiter „tarifgemäß" nur beschäftigen darf, wenn dieser Außenseiter sich zu einem SB verpflichtet. Man könnte eine solche Norm auch auf das umgekehrte Verhältnis von Außenseiter-ArbG zu Mitgliedern der tarifschließenden Gew. erstrecken. TV-Bestimmungen, die lediglich Außenseiter erfassen wollen, sind aber nach der Systematik des TVG unmöglich. Nach § 4 Abs. 1 TVG hätte diese Norm wieder nur Wirkung zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, könnte die Außenseiter aber nicht erfassen [19]). Durch eine solche Bestimmung kann aber auch der tarifgebundene ArbG nicht normativ zu einem bestimmten Verhalten gegenüber den Außenseitern verpflichtet werden [20]). Eine AVE kommt aus den gleichen Gründen wie bei der Inhaltsnorm nicht in Betracht, da es an der einfachen Abschlußnorm fehlt, welche auf Außenseiter „ausgedehnt" werden könnte.

c) Um diesen, durch die Fassung des TVG bedingten Schwierigkeiten auszuweichen, könnte man die oben zu b) genannte Bestimmung auch so fassen, daß ein tarifgebundener ArbG organisierte wie nichtorganisierte ArbN nur unter den Voraussetzungen einer SB-Zahlung beschäftigen darf. Eine solche Abschlußnorm würde dann in einfacher Form nur die Organisierten der tarifschließenden Gew. betreffen, könnte aber durch die AVE auf Außenseiter ausgedehnt werden. Es müßten hier zwei Varianten unterschieden werden:

Einmal könnte der Beitrag der Organisierten der tarifschließenden Gew. an die SB-Kasse erfolgen und von dort als Gew.-Beitrag an die Gew. weitergeleitet werden. Durch die AVE könnte man die Beitragspflicht auf die Außenseiter erstrecken, deren Beitrag dann tatsächlich der Kasse zugute käme. Eine solche Modalität würde den Vorstellungen der Gew., wie sie zur VAK zum Ausdruck gebracht wurden, am ehesten entsprechen. Allein diese Konstruktion könnte die ungleichmäßige Behandlung der Organisierten und Außenseiter nicht verdecken. Eine einfache Abschlußnorm zu Lasten der Organisierten würde gar nicht vorliegen. Eine Belastung aber, die die tarifbeteiligten ArbN nicht trifft, kann auch nicht durch AVE auf Außenseiter erstreckt werden.

Wollte man für die Organisierten der tarifschließenden Gew. durch eine Abschlußnorm eine „echte" Verpflichtung zur SB-Zahlung begründen (also keine

---

[17]) Vgl. Hueck TVG § 1 Anm. 46 — 48

[18]) Müller, Gutachten S. 3 verweist darauf

[19]) Für viele Hueck/Nipperdey aaO. S. 336 Fußnote 5

[20]) Vgl. Hueck TVG § 4, 5; durch diese Überlegung wird auch Ridder (S. 4) zur Ablehnung einer Abschlußnorm veranlaßt

Weiterleitung als Gew.-Beitrag vornehmen), so entfielen zwar die oben geäußerten Bedenken bei einer AVE; denn jetzt würde eine echte, in einem einfachen TV enthaltene Pflicht auf Außenseiter erstreckt werden. Eine solche Regelung würde aber ein Ergebnis bringen, welches keinesfalls im Sinne der Gew. läge. Diese wollen gerade die Nichtorganisierten zu besonderen Leistungen heranziehen; so aber würde der SB gleichzeitig zu einer Doppelbelastung der Organisierten führen. Von der verfassungsrechtlichen Problematik einer solchen Lösung abgesehen, würde eine derartige Bestimmung den Bemühungen der Gew. gerade entgegenarbeiten, kann also schon aus praktischen Gesichtspunkten nicht in Betracht kommen.

d) Somit bietet also auch die Abschlußnorm keine geeignete Möglichkeit für die Aufnahme einer SB-Klausel. Darüber herrscht auch bei den gutachtlichen Stellungnahmen Einigkeit [21]).

3. Normen über gemeinsame Einrichtungen der TV-Parteien

a) Nachdem Inhalts-, Abschluß- und Betriebsnormen für eine normative Regelung des SB nicht geeignet sind, verbleibt noch die in § 4 Abs. 2 TVG aufgezeigte Möglichkeit. Danach haben Bestimmungen über gemeinsame Einrichtungen der TV-Parteien ebenfalls unabdingbare Wirkung. Sie sind zwar nicht unter den Rechtsnormen des § 1 TVG aufgeführt, doch folgt ihr normativer Charakter aus § 4 Abs. 2 TVG [22]). Das Gesetz nennt als Beispiele gemeinsamer Einrichtungen Lohnausgleichskassen und Urlaubsmarkenregelung. Durch eine Norm im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG werden Rechte und Pflichten der beiderseits Tarifgebundenen, wie auch der Einrichtung selbst festgelegt.

Die IG Bau hat ihren Vorschlag in § 1 der Satzung der VAK ausdrücklich auf § 4 Abs. 2 TVG gestützt, dessen Voraussetzungen im folgenden zu prüfen sind.

b) Nach § 2 dieser Satzung der IG Bau soll die VAK im Baugewerbe zur Ausbildung und Nachwuchsförderung, zu Urlaubs-, Erholungszwecken und sonstigen sozialen Aufgaben dienen. Bereits von der Zielsetzung und dem Aufgabenbereich dieser Kasse her könnte das Vorliegen einer „gemeinsamen Einrichtung" der TV-Parteien zweifelhaft sein [23]). Man wird davon auszugehen haben, daß sich die Normen des § 4 Abs. 2 TVG im Rahmen der allgemeinen Rechtssetzungsbefugnis der TV-Parteien halten müssen, also einmal nicht in die private Sphäre des ArbN eingreifen dürfen, zum anderen in konkretem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen müssen. Nun sind die sicherlich sozialen Ziele der VAK sehr allgemein gehalten und der unmittelbare Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis nicht klar ersichtlich. Es ist aber in der Literatur ganz herrschend [24]), daß

[21]) So Hueck, Gutachten S. 13; Müller S. 3; Ridder S. 4; Diekhoff, DB 1961 S. 167, 168
[22]) Hueck/Nipperdey aaO. S. 229; Hueck TVG § 1, 55
[23]) Dies nimmt Kettner, ArbG 1961 S. 105 an
[24]) Hueck TVG § 4, 43; Hueck/Nipperdey aaO. S. 229; Nikisch II S. 305

Beiträge zu Sozialkassen nicht auf speziell im Gesetz geregelte Fälle zu beschränken sind, sondern auch andere Kassen und Einrichtungen in Betracht kommen: Wohlfahrtseinrichtungen, Erholungs- und Ausbildungsstätten etc. Nimmt man dazu noch zum Vergleich die von der höchstrichterlichen Rechtssprechung anerkannten Einrichtungen [25]), so wird man eine VAK wohl als Einrichtung im Sinne des § 4 Abs. 2 TVG bezeichnen können.

Bedenken bleiben allerdings insofern, als die Mittel für diese Kasse von den ArbN, genauer von den Außenseitern, aufgebracht werden. Würde die VAK von einem oder beiden Tarifpartnern zugunsten der ArbN unterhalten (dies ist bei den meisten RAG-Entscheidungen der Fall), so bestünden diesbezüglich keine Zweifel. Wenn aber ein ArbN einen Beitrag zu einer Kasse abführen muß, so ist meines Erachtens grundsätzlich zu verlangen, daß diese Kasse unmittelbar Zwecken dient, für die der ArbN sonst einen Teil seines Arbeitslohnes zu verwenden pflegt [26]). So könnte also von einem ArbN nicht verlangt werden, an eine allgemeine soziale Institution, deren Vorteile ihm nicht unmittelbar zugutekommen, einen Beitrag abzuführen. Vom Vereinszweck her ist eine VAK also nicht unbedenklich.

c) Um den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 TVG zu genügen, muß es sich bei der VAK aber vor allem um eine „gemeinsame" Einrichtung der TV-Parteien handeln. Sie muß zum Wohle der ArbN geschaffen und von den beiden Tarifpartnern getragen sein. Daß damit von vorneherein Vereinbarungen eines SBs ausscheiden, der unmittelbar an einen Tarifpartner geleistet wird, bedarf keiner Erläuterung [27]). Müller, der diesen Vorschlag macht, geht dabei von einer außerhalb des TVG liegenden Lösung aus [28]). Gerade unter dem Gesichtspunkt der „gemeinsamen" Einrichtung begegnet der Vorschlag der IG Bau sehr großen Bedenken, die eine Lösung im angestrebten Sinne nicht zulassen.

„Gemeinsame" Einrichtung der TV-Parteien bedeutet zuerst einmal, daß die Verwaltung der Kasse gemeinsam erfolgt. Nach dem Vorschlag der IG Bau soll dem Vorstand die Entscheidung über die zur Erfüllung des satzungsgemäßen Zweckes erforderlichen Maßnahmen zustehen. Ihm und nicht der Mitgliederversammlung käme also die entscheidende Bedeutung zu. Der zehnköpfige Vorstand soll sich aus fünf Mitgliedern der Gew. und fünf von der Gew. vorgeschlagenen, unabhängigen Persönlichkeiten zusammensetzen. Damit ist das Erfordernis der Parität der TV-Parteien außer Acht gelassen, die Gew. bestimmen praktisch allein über die Zusammensetzung des Vorstandes. In einem solchen Fall liegt keine gemeinsame Einrichtung der TV-Parteien mehr vor. Von einer streng paritätischen Zusammensetzung des Vorstandes nach ArbG und ArbN könnte allerdings meines

---

[25]) Vgl. RAG ARS 4, 170; 8, 151 u. 352; 29, 150; AP § 4, 1 Urteil vom 5. 12. 1958

[26]) Vgl. Merker, DB 1961 S. 204

[27]) s. Hueck S. 16; Ridder Gutachten S. 5

[28]) Müller, Gutachten S. 32 ff

Erachtens die Satzung abweichen; auf ein Mitspracherecht der ArbG würde man aber keinesfalls verzichten können [29]).
Nicht nur von der Zweckbestimmung, sondern auch vom Gesichtspunkt der Gemeinsamkeit einer Einrichtung her gibt die Finanzierung der VAK zu Bedenken Anlaß [30]). Mitglieder der Kasse sind zwar die Sozialpartner, die Mittel sollen aber allein von den Außenseitern aufgebracht werden, da der Beitrag der Organisierten weiter an die Gew.-Kasse geleitet werden soll. Durch dieses Verfahren würde aber, was die Organisierten betrifft, die VAK zu einem Inkassobüro der Gew. Damit hebt sich insoweit — und das wäre für eine „gemeinsame" Einrichtung im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG zu verlangen — die Tätigkeit der VAK von dem Grundstock gewerkschaftlicher Tätigkeit nicht ab [31]). Allein schon die Tatsache, daß die Kasse von Außenseitern finanziert würde, läßt es als fraglich erscheinen, ob man sie als Einrichtung der „TV-Parteien" ansehen könnte.
Die genannten Argumente lassen eine VAK in der von der IG Bau geplanten Weise nicht zu. Bei Berücksichtigung der vorgebrachten Bedenken dagegen müßte man wohl eine solche Kasse als gemeinsame Einrichtung im Sinne des § 4 Abs. 2 TVG für zulässig erachten. Aber dann würde sie nicht mehr den von der Gew. bezweckten Erfolg haben können [32]).
d) Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 4 Abs. 2 TVG gelten aber auch die Bestimmungen über gemeinsame Einrichtungen der TV-Parteien normativ nur für das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen ArbG und ArbN [33]). Die Außenseiter könnte man also, unabhängig von den oben geäußerten anderen Bedenken, durch einen „einfachen" TV über § 4 Abs. 2 TVG nicht erfassen. Eine Beitragspflicht zur gemeinsamen Einrichtung für die Außenseiter käme überhaupt nur über eine AVE in Betracht [34]).

4. Möglichkeiten der Regelung eines SBs mittels normativer Bestimmungen

a) Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, daß von den normativen Bestimmungen des TVs allenfalls § 4 Abs. 2 TVG, wenn auch unter erheblichen Einschränkungen gegenüber der Forderung der IG Bau, eine Möglichkeit zur Regelung eines SBs bieten würde. Die Erfassung der Außenseiter, auf deren Leistung es entscheidend ankäme, könnte aber höchstens über eine AVE erfolgen, deren Voraussetzungen und Zulässigkeit unter III geprüft werden.
b) Diesem Ergebnis könnte man entgegenhalten, daß die Schweiz eine SB-Verpflichtung auch ohne AVE kenne. Es wurde aber bereits dargelegt (vgl. oben B II

[29]) Vgl. Hueck, Gutachten S. 16
[30]) Desgl. Hueck, Gutachten S. 16
[31]) s. Ridder, Gutachten S. 5
[32]) Im Ergebnis kommt zur Bejahung der Zulässigkeit einer derart ausgestalteten Kasse Ridder S. 5, während Hueck diese Frage in seinem Gutachten offen läßt.
[33]) Vgl. Hueck TVG § 4, 43; Hueck/Nipperdey aaO. S. 229
[34]) So Hueck, Gutachten S. 17

2 b), daß dort die Zahlung eines SBs zur Bedingung für den Einzelanschluß eines Außenseiters an einen GAV gemacht werden kann; die Grundlage der Zahlungspflicht ist nicht die normative Wirkung einer Tarifbestimmung, sondern die vertragliche Übernahme der Pflicht.
c) Auch eine solche, ohnedies nicht normative Möglichkeit eines Anschlusses an einen TV, der die Tarifgebundenheit im Sinne des § 3 TVG zur Folge hätte, kennt unser Recht nicht. Die in § 1 Abs. 2 TVO vom 23. 12. 1918 vorgesehene Berufung der Arbeitsvertragsparteien bei Abschluß des Arbeitsvertrages auf den TV [35]) ist in das TVG nicht übernommen worden. Sie entspricht aber auch inhaltlich nicht dem Schweizer Einzelanschluß und würde nur schwerlich für eine Regelung des SBs zu gebrauchen sein.
Außer der AVE einer gemeinsamen Einrichtung käme nur eine freiwillige Verpflichtung der Außenseiter zur Zahlung eines SBs in Betracht (dies wird unten im Abschnitt IV behandelt) — andere Möglichkeiten sind aus dem TVG nicht zu entnehmen.

III. Die AVE der in Frage kommenden gemeinsamen Einrichtung

1. Wesen und Zweck der AVE

Die AVE eines TV nach § 5 TVG bewirkt die Ausdehnung des Kreises der tarifgebundenen Personen (§ 3 TVG) auf alle Außenseiter. Sie schafft mithin keine neuen Rechtssätze, sondern erweitert nur den Anwendungsbereich der Normen. Die AVE betrifft grundsätzlich den gesamten normativen Teil eines TVs. Sie dient dem Zweck, einheitliche Arbeitsbedingungen für alle räumlich und fachlich in Betracht kommenden Arbeitsverhältnisse zu schaffen [36]). Der § 5 TVG nennt die näheren materiellen und formellen Voraussetzungen, unter denen der Bundesarbeitsminister die AVE vornehmen kann.

2. Zulässigkeit der AVE von Normen nach § 4 Abs. 2 TVG

Es ist zunächst zu untersuchen, ob Tarifnormen nach § 4 Abs. 2 TVG, also Bestimmungen über gemeinsame Einrichtungen, überhaupt für allgemeinverbindlich erklärt werden können. Über diese Frage besteht Streit.
a) Insbesondere Nipperdey [37]) vertritt die Ansicht, daß Bestimmungen über gemeinsame Einrichtungen der TV-Parteien, wiewohl sie zum normativen Teil des TVs rechnen, einer AVE nicht fähig sind. Der umfassende Schutz der kollektiven Autonomie gegenüber „dirigistischen Eingriffen" des Staates verwehre es auch, in

---

[35]) Vgl. dazu Hueck, Recht des Tarifvertrags, S. 103 ff
[36]) s. Hueck/Nipperdey aaO. S. 470; Hueck TVG § 5, 1; Nikisch S. 489 ff
[37]) Hueck/Nipperdey aaO. S. 481, 482 (Anm. 36); Maus, TVG § 5 Anm. 41; Kraegeloh, BB 1952 S. 90

das innere Verbandsleben der Koalitionen einzugreifen und praktisch Mitgliedschaftsrechte auf Nichtmitglieder zu übertragen. Aus der Fassung des § 5 Abs. 4 TVG wird man allerdings kein Argument für diese Meinung herleiten können [38]). Denn unter den Rechtsnormen des TVG, die allgemeinverbindlich erklärt werden können, muß man nicht lediglich die „Rechtsnormen" des § 1 TVG verstehen. Auch die Normen des § 4 Abs. 2 TVG sind darunter zu rechnen, auch wenn sie im Gesetz nicht ausdrücklich so genannt sind [39]).

b) Der Meinung Nipperdeys ist zuzustimmen, soweit es sich um gemeinsame Einrichtungen handelt, die speziell auf den Kreis der Mitglieder zugeschnitten und für diesen bestimmt sind. Man wird aber mit der im wesentlichen übereinstimmenden Meinung von Hueck [40]) und dem Bundesarbeitsgericht [41]) dann eine AVE für zulässig halten müssen, wenn Regeln für eine gemeinsame Einrichtung zugleich Inhaltsnormen darstellen oder mit diesen eine geschlossene Einheit bilden. Es ist hier aber besonders darauf zu achten, daß nicht durch die Ausdehnung dieser Normen auf Außenseiter eine Zwangsmitgliedschaft herbeigeführt wird. Auch Nikisch [42]) schränkt die Auffassung Nipperdeys ein und hält eine AVE von gemeinsamen Einrichtungen dann für zulässig, wenn die Beteiligung einer möglichst großen Zahl von ArbN im Allgemeininteresse liege und von den Tarifparteien gewünscht werde. Dies nimmt Nikisch insbesondere bei solchen Kassen an, bei denen entsprechende Leistungen den durch Beiträge aufgebrachten Einlagen gegenüberstehen.

3. Prüfung der Voraussetzungen für die AVE einer VAK nach § 4 Abs. 2 TVG

a) Wie bereits oben (C II 1 c) dargelegt, hat die Regelung eines SBs mit dem Inhalt eines Arbeitsverhältnisses nichts zu tun und könnte nicht als Inhaltsnorm geregelt werden. Damit erfüllt sie auch nicht die Voraussetzungen, unter denen eine AVE von Normen über gemeinsame Einrichtungen nach den Ausführungen zu 2. zulässig sein könnte. Dieses Ergebnis wird klar, wenn man den der BAG-Entscheidung (AP Nr. 1 zu § 4 TVG) zugrundeliegenden Sachverhalt betrachtet: In dem fraglichen TV war ein Stundenzuschlag von 0,04 DM vorgesehen, der vom ArbG an eine gemäß § 4 Abs. 2 TVG gebildete gemeinsame Einrichtung abzuführen war. Der ArbN hatte gegen den ArbG einen tariflichen Anspruch auf Leistung an diese Kasse, die einen Ausgleich für wetterbedingte Arbeitsausfälle im Winter gewähren sollte. Bei diesem Sachverhalt ist dem BAG zu folgen, wenn es eine AVE von Tarifbestimmungen, die Lohnabzüge und Zahlungen an eine im Interesse der ArbN errichtete LAK festlegen, auch bezüglich der gemeinsamen Einrichtungen für zulässig hält. Hier liegt in der Bestimmung über die Lohner-

[38]) Vgl. Hueck TVG § 5, 28
[39]) Desgl. Hueck TVG § 1, 55
[40]) Hueck TVG § 5, 28
[41]) AP Nr. 1 zu §4 TVG; Ansätze dieser Rechtssprechung in RAG ARS 4, 170 und 8, 143
[42]) Nikisch aaO. S. 497

höhung unzweifelhaft eine Inhaltsnorm vor, die durch AVE auch den Außenseitern zugute kommt. Es wäre nicht einzusehen, warum dann die die LAK regelnden Bestimmungen, die nur der Durchführung der Inhaltsnorm dienen, nicht auch für die Außenseiter durch die AVE Wirksamkeit erlangen könnten. So liegt es aber beim SB gerade nicht. Die VAK soll eine besondere Belastung der Außenseiter regeln. Sie stünde auch nicht wie die übrigen im Baugewerbe bekannten Urlaubs-, Lohnausgleichs- und Zusatzversorgungskassen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, weshalb zugunsten der VAK aus der BAG-Entscheidung und den anderen Kassen des Baugewerbes nichts entnommen werden kann. Auch das nach der Meinung von Nikisch für die AVE erforderliche Gemeininteresse und die entsprechenden Gegenleistungen für die Beiträge im Falle einer SB-Kasse würde man nur schwer dartun können. Es bleibt für die VAK bei der Unzulässigkeit einer AVE [43]).

b) Daneben läßt aber auch noch ein anderer Grund, der bereits im Zusammenhang mit der Prüfung der Inhaltsnormen (II 1 e) und der Abschlußnormen (II 2 c) erwähnt wurde, die AVE einer SB-Klausel nach § 4 Abs. 2 TVG nicht zu: Zweck der AVE ist die „Ausdehnung" der Geltung von Tarifnormen auf Außenseiter. Sie setzt deshalb notwendig das Vorhandensein von Tarifnormen für die tarifgebundenen ArbN voraus. Dann erst kann eine „Ausdehnung des Geltungsbereichs" erfolgen [44]). Seiner ganzen Anlage und Zweckbestimmung nach soll der SB über die VAK aber lediglich die Außenseiter erfassen. Sie — und nicht die Organisierten — sollen durch ihren Beitrag einen Ausgleich für Vorteile erbringen, in deren Genuß sie ohne eigenes Zutun gelangt sind. Diese Ungleichbehandlung von Organisierten und Außenseitern kann durch die äußere Konstruktion der VAK nicht verdeckt werden. Denn nur die Beiträge der Außenseiter sollen der Kasse endgültig verbleiben; die in gleicher Höhe einbehaltenen Zahlungen der Organisierten durchlaufen die VAK nur, werden an die Gew. weitergeleitet und auf den Gew.-Beitrag angerechnet. Dahin geht jedenfalls der Vorschlag der IG Bau. Es fehlt also an einer gleichmäßigen Belastung von Organisierten und Außenseitern, oder anders ausgedrückt, an einer Norm, die über § 5 TVG auf Außenseiter ausgedehnt werden könnte [45]).

c) Darüber hinaus müßte auch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 5 TVG als fraglich angesehen werden.

Daß die tarifgebundenen ArbG der Bauwirtschaft mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des TVs fallenden ArbN beschäftigen, kann unterstellt werden. Nach § 5 Abs. 1 Ziff. 2 TVG müßte die AVE auch im „öffentlichen Interesse" geboten sein [46]). Genausowenig, wie ein öffentliches Interesse an der Stärkung der Gew. den SB zu „begründen" vermag (vgl. A IV 2 b), besteht meines Erachtens

---

[43]) Ebenso im Ergebnis Hueck, Gutachten S. 22

[44]) Eingehend zu dieser Frage Müller, Gutachten S. 4, 5

[45]) s. Hueck, Gutachten S. 24

[46]) Vgl. dazu Hueck/Nipperdey aaO. S. 487; Nikisch aaO. S. 504, 505; Hueck TVG § 5, 8

ein solches Interesse an der AVE einer Norm, die lediglich die Position der Gew. verbessern soll. Ein Allgemeininteresse wird man für die Durchsetzung angemessener, sozialer Arbeitsbedingungen, sowie zur Unterbindung von Schmutzkonkurrenz und Lohndrückerei bejahen können. Die Stärkung der auf dem Freiwilligkeitsprinzip beruhenden Gew. letztlich durch einen Eingriff des Staates liegt aber auf einer ganz anderen Ebene und wird nicht von einem öffentlichen Interesse her gefordert [47]).

Schließlich würde ein Antrag der Gew. auf AVE von Normen über die VAK an der bisher gezeigten, ablehnenden Haltung der ArbG gegenüber einem SB scheitern. Nach § 5 Abs. 1 TVG bedarf es für die AVE der Zustimmung des aus je 3 Vertretern der Spitzenorganisationen der ArbG und ArbN bestehenden Tarifausschusses. Stimmen die Vertreter der ArbG also geschlossen gegen den Antrag der Gew., so kommt kein Beschluß zustande [48]).

d) Auch an dieser Stelle sei untersucht, ob sich aus der Schweizer Regelung vielleicht Hinweise für unser Recht ergeben. Wie bereits oben kurz angedeutet (B II 2 b), kennt es den SB als schuldrechtliche Verpflichtung beim Einzelanschluß an einen GAV. Seit der Neuregelung vom 28. September 1956 gibt es in der Schweiz auch eine AVE von SB [49]). Ursprünglich war in Entwürfen geplant gewesen, den Tarifpartnern zur erleichterten Durchsetzung gemeinsamer Ansprüche eine Assoziationsform der „Vertragsgemeinschaft" zur Verfügung zu stellen. Deren Ansprüche gegen die Tarifgebundenen sollten durch AVE auf Außenseiter ausgedehnt werden können [50]). Tatsächlich ins Gesetz übernommen wurde die Möglichkeit der Vereinbarung eines gemeinsamen Anspruchs auf Vertragseinhaltung für die Vertragsparteien gegenüber den beteiligten ArbG und ArbN. Dieser Anspruch kann sich auf Beiträge an Ausgleichskassen beziehen (Art. 323 ter ObIR) und für allgemeinverbindlich erklärt werden. Damit können nach Schweizer Recht die eigentlich schuldrechtlichen Bestimmungen der Vertragspflichten der einzelnen ArbG und ArbN gegenüber den Parteien des GAVs durch Vereinbarung zum unmittelbaren gemeinsamen Anspruch der Verbände gemacht werden und dieser kann durch AVE auch die Außenseiter erfassen (Art. 1 Abs. 2 und 4 des Gesetzes vom 28. September 1956).

Diese Regelung in der Schweiz kann für eine Lösung des Problems nach deutschem Recht keine Hinweise geben. Der § 5 Abs. 4 TVG beschränkt die AVE ausdrücklich auf die Rechtsnormen des TVs. Schuldrechtliche Bestimmungen können nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Regeln über gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG, die eine gewisse Ähnlichkeit mit der Schweizer Regelung haben, sind nach dem TVG normative Bestimmungen, deren AVE, wie oben dargestellt, nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist.

---

[47]) So Hueck, Gutachten S. 25
[48]) Hueck TVG § 5, 13
[49]) Hug RdA 1958 S. 87
[50]) Hueck RdA 1951 S. 42

4. Ergebnis der bisherigen Untersuchungen

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine VAK nach den Vorstellungen der IG Bau normativ in einem TV nicht geregelt werden kann. Es sollten durch diese Kasse, worüber auch die äußere Gestaltung der Einrichtung nicht hinwegtäuschen kann, die Außenseiter zu einer Zahlung herangezogen werden.
Dies wäre dann durch eine „echte" gemeinsame Einrichtung möglich, wenn zunächst einmal die Organisierten davon betroffen werden. Würde es sich um eine mit den bestehenden Kassen des Baugewerbes besonders hinsichtlich des Zwecks vergleichbare Einrichtung handeln, so könnten über eine AVE auch die Außenseiter „betroffen" werden.
Gerade eine solche Doppelbelastung der Organisierten soll aber nach den Vorstellungen der IG Bau nicht erfolgen, die Kasse soll auch nicht unmittelbar mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Zwecken dienen.
Die Erfassung lediglich der Außenseiter durch eine normative Bestimmung des TVs ist aber unmöglich — sie würde dem System des TVG widersprechen [51]). Für die von der Gew. angestrebte Regelung bliebe somit nur noch die anschließend zu prüfende Möglichkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung der TV-Parteien.

IV. Die Möglichkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung der TV-Parteien

1. Deren rechtliche Zulässigkeit

a) Es ist davon auszugehen, daß die TV-Parteien kraft des Grundsatzes der Vertragsfreiheit beliebige schuldrechtliche Vereinbarungen treffen können. Ihr regelmäßiger Inhalt sind Bestimmungen, die arbeitsrechtliche Pflichten und Rechte der TV-Partner gegeneinander begründen [52]). Daß eine unmittelbare Verpflichtung des Außenseiters zur Zahlung eines SBs auf diese Weise nicht festgelegt werden kann, ergibt sich schon aus der Unzulässigkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter. Eine solche Verpflichtung widerspräche aber auch dem Charakter dieser Vereinbarungen, die lediglich zwischen den Tarifpartnern ein gegenseitiges Schuldverhältnis schaffen sollen. Die TV-Parteien können sich aber hinsichtlich des SBs zur Einwirkung auf ihre Mitglieder verpflichten [53]). Eine solche Vereinbarung müßte dann dahingehen, daß der ArbG-Verband auf seine Mitglieder einwirkt, von allen nichtorganisierten ArbN einen SB einzuziehen bzw. sie nur bei gleichzeitiger Verpflichtung auf einen SB einzustellen. Umgekehrt müßte, wenn auch ein SB der ArbG-Außenseiter erhoben werden soll, sich die Gew. verpflichten, auf ihre

[51]) Vgl. Müller, Gutachten S. 4
[52]) Vgl. die Begriffsbestimmung bei Hueck/Nipperdey aaO. S. 231
[53]) Hueck, TVG — gegen Außenseiterklauseln bestehen keine Einwendungen (§ 1 Anm. 93)

Mitglieder einzuwirken, nur bei organisierten ArbG zu arbeiten oder bei solchen nichtorganisierten ArbG, die einen SB entrichten.
b) Eine solche Vereinbarung wäre nur dann unzulässig, wenn sie gegen Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Das ist, beachtet man die durch § 117 Abs. 2 Gew. O. gezogenen Grenzen, zu verneinen; es kann diesbezüglich auf die Ausführungen unter B I verwiesen werden. Zu beachten sind allerdings die auch im Abschnitt B behandelten Verfassungsgrundsätze. Die nKf würde also von vorneherein der Höhe eines zu vereinbarenden SBs eine Grenze setzen. Besondere Bedeutung käme bei einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu. Könnte über eine AVE ein SB eingeführt werden, so würde er alle Nichtorganisierten gleich treffen. Bei einer schuldrechtlichen Vereinbarung ist es aber nicht nur möglich, sondern es erscheint als sicher, daß nicht alle Außenseiter zur SB-Zahlung herangezogen werden. Dies wäre vor allem der Fall, wenn ein nicht- oder andersorganisierter ArbN bei einem nichtorganisierten ArbG beschäftigt ist. Es würden aber auch aus später zu erörternden, wirtschaftlichen Erwägungen kaum alle tarifgebundenen ArbG dieser schuldrechtlichen Verpflichtung nachkommen. Somit läge eine Ungleichbehandlung der ArbN-Außenseiter vor, und es würde „willkürlich" von der Tarifgebundenheit der ArbG bzw. deren Vertragstreue abhängen, ob von dem Außenseiter ein SB erhoben wird. Dies scheint mir so gravierend zu sein, daß ich vom gewohnheitsrechtlich im Arbeitsrecht geltenden Grundsatz der Gleichbehandlung her eine Lösung des SBs durch eine schuldrechtliche Vereinbarung nicht nur für unbillig, sondern auch für unzulässig halte [54]). Die meisten Gutachten über den SB halten eine schuldrechtliche Vereinbarung für zulässig, ohne allerdings auf das Problem der Gleichbehandlung einzugehen [55]). Tatsächlich könnte diese Frage auch offengelassen werden, da — und hierin ist man sich einig — eine praktische Durchführung des SBs mittels schuldrechtlicher Vereinbarung unmöglich ist.

2. Die praktische Durchführbarkeit

a) Wie oben unter 1 b) dargelegt, würde ein SB mittels schuldrechtlicher Vereinbarung niemals lückenlos durchgeführt werden können. Nichtorganisierte ArbN, die bei einem ArbG-Außenseiter beschäftigt sind, können nicht erfaßt werden. Dies allein macht, von rechtlichen Bedenken abgesehen, eine praktische Gesamtlösung schon unmöglich.
Die Erhebung des SBs durch die organisierten ArbG wäre nur auf Grund der Durchführungspflicht gesichert. Wenn ein tarifgebundener ArbG also dieser Pflicht nicht nachkommt, könnte der Verband ihn zunächst auf seine Verpflichtung hinweisen, ihn letztlich aus dem Verband ausschließen. Gleiches müßte auch

[54]) Hueck, Gutachten S. 39 deutet dies an — läßt aber die Frage der Zulässigkeit offen
[55]) Heußner, RdA 1960 S. 298; Ridder, Gutachten S. 6; Müller, Gutachten S. 5

für organisierte ArbN gelten, die bei einem ArbG-Außenseiter arbeiten, der keinen SB entrichtet. Mit solchen Maßnahmen wäre aber der Gedanke des SBs ad absurdum geführt, könnte doch so bewirkt werden, daß die Organisationen Mitglieder verlieren. Damit wäre das Gegenteil von dem erreicht, was ein SB bewirken soll. Wie aber könnte sonst wirksam auf die Organisierten Einfluß genommen werden, ihren Pflichten gegenüber dem Verband nachzukommen?

b) Dafür, daß ein Organisierter diese schuldrechtliche Verpflichtung nicht durchführen will, gibt es gute Gründe. In Zeiten der Hochkonjunktur, also bei Mangel an Arbeitskräften, wird es sich ein ArbG kaum leisten können, die Einstellung eines ArbN-Außenseiters von der Zahlung eines SBs abhängig zu machen. Er würde vermutlich diesen ArbN an einen nichtorganisierten ArbG verlieren, oder an einen tarifgebundenen ArbG, der sich an diese Verpflichtung nicht hält, vielleicht den SB selbst bezahlt, um die Arbeitskraft zu bekommen. Letzteres läge auch nicht im Sinne einer SB-Zahlung, die ja die Außenseiter erfassen soll [56]). Umgekehrt würden sich bei fallender Konjunktur die organisierten ArbN sicherlich weigern, einen Arbeitsplatz bei einem ArbG-Außenseiter nur deshalb aufzugeben, weil dieser an seinen Verband keinen SB zahlt. Dies wäre auch unzumutbar. Auch würde in Zeiten fallender Konjunktur die Bereitschaft zur Leistung eines SBs unter den nichtorganisierten ArbN sehr gering sein, wären sie vielleicht ohnedies gezwungen, zu untertariflichen Löhnen ihre Dienste anzubieten.

c) Selbst den Willen der organisierten ArbG zur Einziehung des SBs unterstellt, würde sich ein weiteres Problem ergeben, wenn sich ArbN, die sich bereits in einem Beschäftigungsverhältnis befinden, weigern, den SB zu bezahlen. Gegen den Willen des ArbN kann der ArbG den SB nicht vom Lohn einbehalten. Es bliebe also nur eine Kündigung. Ob die Weigerung zur Zahlung des SBs einen Kündigungsgrund im Sinne des § 1 K. Sch. G. abgibt, wäre fraglich. Heußner [57]) hält das Verhalten eines nichtorganisierten ArbN für unsozial, der zwar an den Vorteilen tariflicher Regelungen teilnimmt, dafür jedoch keinen Beitrag zur Wahrung dieser von der Gewerkschaft errungenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen leisten will. Er hält eine Kündigung für sozial gerechtfertigt. Damit würde eine Kündigung vorliegen, mit der die ArbN im Rahmen der sozial-ethischen Ordnung jederzeit zu rechnen hätten. Ob die Rechtssprechung dem folgen würde, muß als zweifelhaft angesehen werden. Mit einer erfolgreichen Kündigung würde der ArbG aber wieder einen ArbN verlieren, was in den meisten Fällen ein unerwünschtes Ergebnis wäre.

Nach Müller [58]) ist eine Kontrolle für eine wirksame Durchführung des SBs unerläßlich. Gegen eine derartige Überwachungsbefugnis gegenüber Außenseitern für einen Fall, der selbst nur durch den Willen der tarifschließenden Verbände gesetzt wird, macht Müller aber wegen des Persönlichkeitsschutzes in unserer

---

[56]) Diese Bedenken werden insbesondere von Hueck, Gutachten S. 37 und 38, sowie von Müller, Gutachten S. 5 ff geltend gemacht

[57]) s. Heußner, RdA 1960 S. 299

[58]) So Gutachten S. 6

Rechtsordnung Bedenken geltend. Außerdem stünden auch die Kosten dafür in keinem Verhältnis zur Höhe des vereinnahmten SBs. Dies würde also auch zu praktischen Schwierigkeiten führen.
d) Alle diese Gesichtspunkte zeigen die praktische Undurchführbarkeit eines SBs auf der Grundlage einer schuldrechtlichen Vereinbarung. Von den Organisierten, auf die allein über eine Durchführungspflicht eingewirkt werden könnte, würde das in der Mehrzahl der Fälle unzumutbare Opfer verlangen. Zudem könnte man einen generellen Willen zur Durchführung des SBs auf Grund wirtschaftlicher Aspekte kaum annehmen. In jedem Fall ließe sich ein SB auf diese Weise nur zum Teil durchführen. Damit muß auch eine schuldrechtliche Bestimmung eines TVs als Grundlage für die Einführung eines SBs in der von der Gew. geforderten Art ausscheiden.

3. Die Möglichkeit einer Verbindung des SBs mit einer Tarifausschlußklausel

Praktisch durchführbar — wenn auch in anderer Weise, als von der IG Bau vorgeschlagen — scheint die Einführung eines SBs, wenn man diesen Beitrag mit einer Tarifausschlußklausel kombiniert. Es wäre davon auszugehen, daß die Tarifpartner in einem TV eine solche Klausel vereinbaren und sich verpflichten, Außenseiter nur dann tarifgemäß zu beschäftigen, wenn diese sich zu einem SB bereiterklären. Es stünde also dem Außenseiter frei, ob er sich für tarifgemäße Beschäftigung und damit für die Zahlung eines SBs entscheiden will.
a) Verfassungsrechtliche Bedenken ließen sich gegen eine solche Möglichkeit wohl nicht erheben. Eine allgemeine Tarifausschlußklausel ist mit Hueck/Nipperdey [59]) für zulässig zu erachten, die Zahlung des SBs würde auf einer freiwillig eingegangenen, schuldrechtlichen Verpflichtung des Außenseiters beruhen. Die Verfassungsgrundsätze bezüglich der Höhe des Beitrags und der möglichen Zahlungsempfänger wären freilich auch hier zu beachten.
b) Der tarifgebundene ArbG kann aber nicht normativ dazu verpflichtet werden, einen Außenseiter nur bei Zahlung eines SBs zu tariflichen Bedingungen zu beschäftigen [60]). Es bliebe also nur eine schuldrechtliche Vereinbarung dieser Klausel möglich. Damit ergeben sich aber im wesentlichen die gleichen, praktischen Schwierigkeiten, die eine einfache schuldrechtliche Vereinbarung des SBs undurchführbar machen (vgl. oben IV 2). Hinzu kommen noch andere Bedenken. Wie könnte man einem neu eingestellten ArbN-Außenseiter, der sich für den SB entschieden hat, einen Anspruch auf die tarifliche Leistung verschaffen? Allenfalls käme ein durch die SB-Zahlung bedingter Vertrag zugunsten Dritter in Betracht. Außenseitern, die bisher einzelvertraglich zu den jeweils geltenden Tarifbestimmungen beschäftigt waren, müßte gekündigt werden, wenn sie keinen SB zahlen wollen. Eine in Frage kommende Änderungskündigung würde ich aber nicht für sozial gerechtfertigt, besonders nicht für betriebsbedingt halten. Weiter bliebe zu klären,

[59]) aaO. S. 125
[60]) Vgl. Hueck TVG § 4, 5

zu welchen Bedingungen dann ein Außenseiter beschäftigt werden dürfte, wenn ihm die tariflichen Arbeitsbedingungen wegen verweigerter SB-Zahlung nicht gewährt werden. Vielleicht müßte ihm der Lohn gezahlt werden, der vor der letzten Tariferhöhung bezahlt wurde. Im Zweifel war aber auch dieser durch einen TV der Sozialpartner zustandegekommen. Oder dürfte irgendein Lohn bezahlt werden, wenn er nur unter dem jetztigen Tariflohn liegt? Schließlich müßte auch bei einer AVE des TVs die Wirksamkeit dieser Klausel entfallen, da dann ja der Außenseiter ohne sein Zutun tarifgebunden wird.
Damit zeigt sich, daß auch in Verbindung mit einer Tarifausschlußklausel ein SB tarifvertraglich nicht geregelt werden kann.

V. Zusammenfassung der tarifrechtlichen Prüfung

Die Untersuchung, ob ein TV eine unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig SB-Klausel aufnehmen kann, hat zu dem Ergebnis geführt, daß dies nach Zweck und Struktur des TVG de lege lata unmöglich ist. Weder eine normative Bestimmung, die über die AVE auf Außenseiter ausgedehnt werden könnte, noch eine schuldrechtliche Vereinbarung vermögen einen SB unter Beibehaltung des von der Gew. erstrebten Zwecks zu regeln. Auch in Verbindung mit einer Tarifausschlußklausel ist ein SB praktisch nicht durchführbar.

D. Andere Möglichkeiten für die Einführung eines SBs der Außenseiter

Das Ergebnis, zu dem die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit eines SBs der Aussenseiter geführt hat, ist insofern unbefriedigend, als der SB im wesentlichen daran scheitert, daß er rechtstechnisch in der angestrebten Weise nicht verwirklicht werden kann. Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die immer im Vordergrund der Kritik standen, wären meines Erachtens bei Verzicht auf gewisse Ausgestaltungen des Beitrags zu überwinden.
Es seien deshalb noch kurz einige andere Möglichkeiten angedeutet, mit deren Hilfe vielleicht ein SB der Außenseiter verwirklicht werden könnte.

I. Außerhalb eines TVs

1. Hier käme einmal die von Müller in seinem Gutachten vertretene Auffassung in Betracht, die ohne TV auf Grund allgemeiner Überlegungen eine Pflicht zur Zahlung des SBs bejaht. Wegen Fehlens einer Anspruchsgrundlage war dieser Vorschlag abzulehnen. Auf die Ausführung unter A IV 4 wird verwiesen.
2. Neben dem TV steht als zweite Form einer Gesamtvereinbarung die Betriebsvereinbarung [1]). Es ist aber nicht nötig, näher auf ihre rechtliche Struktur und ihren möglichen Inhalt einzugehen, denn ihre Brauchbarkeit für die Regelung eines SBs scheidet schon deshalb aus, weil es sich beim SB um ein Problem der überbetrieblichen Koalitionen handelt. Deshalb kommen solche Vereinbarungen für eine Lösung nicht in Betracht, die lediglich betriebliche Angelegenheiten zu regeln vermögen. Davon abgesehen ließe sich ein SB wohl nicht auf einzelbetrieblicher Ebene durchführen.
3. Praktisch zum Erfolg führen würde eine Einführung des SBs durch Gesetz. Diese Lösung, die den Gedanken an eine „Organisationssteuer" erwecken muß [2]), wäre nach meinem Dafürhalten verfassungsrechtlich nicht zulässig, dürfte aber auch gar nicht im Sinne der Koalitionen liegen. Durch einen Eingriff des Staates etwa zugunsten der Gew. würde das vom GG gewollte, freie Verhältnis unter den Koalitionen gestört werden (vgl. B IV 1). Der Gesetzgeber würde in eine

[1]) Vgl. Hueck/Nipperdey S. 775
[2]) Vgl. Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht S. 123; eine Organisationssteuer wurde bereits damals angeregt

Materie eingreifen, die ihm entzogen und der Autonomie der Koalitionen überantwortet wurde. Das widerspräche der Ordnung des Art. 9 III GG. Die Systematik des TVG zeigt auch sehr deutlich, daß in dem fraglichen Wirkungsbereich der freie Wille der TV-Parteien entscheiden soll, somit auch eine partielle Rückübertragung der Autonomie auf staatliche Stellen nicht zulässig sein kann. Gerade den Gew. dürfte, — abgesehen davon, daß eine Mehrheit für ein solches Gesetz im Parlament kaum zu erwarten wäre — wohl an einer solchen Lösung nicht gelegen sein, würde doch damit ihre traditionelle Unabhängigkeit vom Staate sehr beeinträchtigt werden [3]).
Außerhalb eines TV scheint sich also keine Lösungsmöglichkeit anzubieten.

II. Unter Heranziehung eines TVs

Die beste und am ehesten der Natur eines SBs entsprechende Lösung wäre unzweifelhaft, wenn der SB in einem TV geregelt werden könnte. Denn es handelt sich ja um eine Frage, die unmittelbar mit dem Tarifvertragsrecht, der Tarifgebundenheit, in Zusammenhang steht. Da, wie dargelegt, das TVG de lege lata einen SB nach den Vorstellungen der IG Bau nicht zuläßt, käme eine Änderung des TVG in Betracht. Eine Übernahme der Schweizer Bestimmungen über den Einzelanschluß an einen GAV wäre wegen der Unzulässigkeit von Absperrklauseln nach deutschem Recht wenig sinnvoll. Eine AVE von schuldrechtlichen Bestimmungen, wie sie unter bestimmten Voraussetzungen nach § 323 ObIR. erfolgen kann, würde eine sehr weitgehende Veränderung des TVG bedeuten. Die beste Lösung bei einer Veränderung des TVG schiene mir die Schaffung eines völlig neuen Staatsaktes für den SB zu sein. Mit dessen Hilfe müßte dann die Erfassung der Außenseiter ermöglicht werden. Ridder [4]) bezeichnet dies als die sinnvollste und am ehesten organisch sich einfügende Lösung.
Auch diese Möglichkeit ist aber vorerst rein theoretischer Natur. Schon innerhalb der Gew. scheint es mehr Gegner als Befürworter eines SBs zu geben, von einer parlamentarischen Mehrheit ganz zu schweigen.
Selbst wenn aber eine Möglichkeit zur Einführung eines SBs nach den Plänen der IG Bau geschaffen würde, so fragt sich doch, ob die Gew. durch eine solche Einrichtung größeres Verständnis für ihre Aufgaben und Probleme gewinnen würde. Ein SB würde immer als eine Art von Zwang empfunden werden und deshalb von vornherein auf Widerstand stoßen. Dies auch nicht ganz zu Unrecht, da ein SB verfassungsrechtlich an der Grenze des noch Zulässigen liegt. Die sich erhebende Opposition gegen ein derartiges Vorgehen der Gew. dürfte dieser insgesamt betrachtet mehr schaden, als ein SB an Vorteilen für die Gew. mit sich bringen kann. Solche Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen ebenso, wie die rechtlichen

[3]) Auch Ridder, Gutachten S. 3 hält eine Einführung durch Gesetz nicht für zulässig
[4]) Ridder, Gutachten S. 4

Bedenken und Schwierigkeiten bei einer Durchführung, gegen die Erhebung eines SBs, sofern er nicht eine echte gemeinsame Einrichtung der TV-Parteien darstellt. Die Baugewerkschaft hat wohl aus der Erkenntnis heraus, daß ein SB die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen kann, von der Forderung abgelassen. Ausgeschlossen ist allerdings nicht, daß diese Forderung in veränderter Form wieder erhoben wird; denn das Problem einer Heranziehung der Außenseiter wird mehr und mehr zu einer Lebensfrage der Gewerkschaften.

Anhang

1. Tarifvertrag über die Vorteilsausgleichskasse (VAK) des Baugewerbes

§ 1 Geltungsbereich

§ 2 Vorteilsausgleichskasse des Baugewerbes
Als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien besteht innerhalb des Baugewerbes die Vorteilsausgleichskasse (VAK).

§ 3 Zweck der Vorteilsausgleichskasse
Die Kasse dient allgemeinen sozialen Zwecken zum Wohle der Bauarbeiter, insbesondere der Berufsbildung und der Ausgestaltung von Urlaub und Freizeit. Einzelheiten werden durch die Satzung der VAK bestimmt.
Über die Vorteilsausgleichskasse läuft ein Teil des Beitrages der in der Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden organisierten Arbeitnehmer an ihre Organisation.

§ 4 Aufbringung der Mittel
Der Arbeitgeber hat 1% vom Lohn des Arbeitnehmers einzubehalten und an die Kasse abzuführen. Die Kasse hat das unmittelbare Recht, den Beitrag zu fordern.
Der Beitragseinzug erfolgt nach einem besonderen Tarifvertrag. Den Bestimmungen des Absatz 1 ist Rechnung getragen, wenn der Arbeitgeber für die Beitragsabführung die betriebliche lohnsteuerpflichtige Bruttolohnsumme als Berechnungsgrundlage zugrunde legt.

§ 5 Laufdauer
Dieser Tarifvertrag tritt am 1. Juli 1961 in Kraft. Er kann mit einer Frist von 12 Monaten zur Jahresmitte, erstmalig zum 30. 6. 1964, gekündigt werden.

2. Satzung der Vorteilsausgleichskasse

§ 1 Name, Sitz, Geschäftsjahr
Die Kasse wird als gemeinsame Einrichtung gemäß § 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes errichtet auf Grund des Tarifvertrages über eine Vorteilsausgleichskasse zwischen dem Zentralverband, dem Hauptverband und der Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden.

§ 2 Vereinszweck
Die Kasse dient den Arbeitnehmern im Baugewerbe

1. zur fachlichen Aus- und Weiterbildung
2. zur allgemeinen, staatspolitischen und gesellschaftlichen Bildung
3. zur Förderung des Erholungszwecks von Urlaub und Freizeit
4. zur fachlichen Nachwuchsförderung
5. zu sonstigen sozialen Zwecken

Darüber hinaus hat die Kasse die Aufgabe, der bautechnischen Forschung und der Entwicklung von Verfahren zur Verbesserung der Arbeitsmethoden zu dienen.
Die Mittel der Kasse dürfen nicht für Kampfzwecke der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes gegeneinander verwandt werden.
Die satzungsmäßige Verwendung der Mittel ist den Tarifvertragsparteien durch eine Treuhandgesellschaft nachzuweisen.
Von den eingehenden Beiträgen hat die Kasse einen Teil entsprechend dem Anteil der in der IG Bau-Steine-Erden organisierten Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes an der Gesamtzahl der Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes an die IG Bau-Steine-Erden abzuführen.

§ 3 Mitgliedschaft
Mitglieder der VAK sind:
Zentralverband
Hauptverband
IG Bau-Steine-Erden
Die Mitglieder üben ihre Mitgliedschaftsrechte durch Delegierte aus.

§ 4 Organe
Die Organe der Kasse sind
a) die Mitgliederversammlung
b) der Vorstand

§ 5 Mitgliederversammlung
Die Mitgliederversammlung setzt sich aus den in § 3 genannten Organisationen zusammen.
Den Arbeitgeberorganisationen stehen je 15 Delegierte, der IG Bau-Steine-Erden 30 Delegierte zu.

§ 6 Aufgaben der Mitgliederversammlung
Die Mitgliederversammlung hat folgende Aufgaben:
a) Entgegennahme des Rechenschaftsberichtes des Vorstandes und Entgegennahme und Beschlußfassung über den Jahresabschluß
b) Entlastungserteilung für den Vorstand
c) Genehmigung des Haushaltsvorschlages für die Verwaltung der Kasse
d) Entscheidung in allen Angelegenheiten, in denen im Vorstand kein Mehrheitsbeschluß zustande kommt
e) Wahl der Mitglieder des Vorstandes sowie Wahl der stellvertretenden Mitglieder des Vorstandes
f) Bestellung einer Treuhandgesellschaft zur Prüfung des satzungsgemäßen Verhaltens des Vorstandes und der Prüfung des Rechnungswesens
g) Satzungsänderungen

§ 7 Vorstand
Der Vorstand besteht aus 10 Mitgliedern.
Davon werden fünf, die Mitglieder der IG Bau-Steine-Erden sind, auf deren Vorschlag gewählt, fünf weitere sind unabhängige Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, die der Sozialpolitik nahestehen; sie werden von der IG Bau-Steine-Erden vorgeschlagen.
Der Vorstand entscheidet über die Maßnahmen, die zur Erfüllung der satzungsmäßigen Zwecke notwendig sind.

§ 8 Geschäftsstelle
Der Vorstand kann eine Geschäftsstelle einrichten.

3. Für die Laufdauer des Vertrages über eine Vorteilsausgleichskasse (VAK) wird folgende

Vereinbarung

abgeschlossen:

1. Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, in wirtschaftlichen und sozialen Fragen zusammenzuarbeiten und gemeinsame baugewerbliche Interessen auch nach außen gemeinsam — oder wenn es zweckmäßiger ist alleine — zu vertreten.
2. Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, alle auftretenden Meinungsverschiedenheiten nach Möglichkeit friedlich zu erledigen. Während der Laufdauer des Tarifvertrages über eine Vorteilsausgleichskasse besteht ein Schlichtungsabkommen. Dieses Schlichtungsabkommen sieht ein Schiedsgericht vor, dem ein unparteiischer Vorsitzender vorzusitzen hat.
3. Die Tarifvertragsparteien nehmen in Aussicht, dazu verfügbare Mittel der Urlaubskasse, der Lohnausgleichskasse und der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes in marktinitiativer Weise für bauwirtschaftliche Zwecke zu verwenden. Dies insbesondere auch, um in konjunkturschwachen Zeiten eine kontinuierliche Beschäftigung des Baugewerbes ermöglichen zu helfen.

4. Für die Laufdauer des Vertrages über eine Vorteilsausgleichskasse (VAK) wird folgende

Vereinbarung

abgeschlossen:

Sollte aus dem Tarifvertrag über eine Vorteilsausgleichskasse oder dem dazu abgeschlossenen Verfahrungstarifvertrag ein Arbeitgeber des Baugewerbes wegen der Einbehaltung des VAK-Beitrages an die VAK von einem Gericht zum Schadenersatz an den Arbeitnehmer rechtskräftig verurteilt werden, so hat die VAK und die IG Bau-Steine-Erden als Gesamtschuldner dem Arbeitgeber den ihm entstehenden Schaden einschließlich gerichtlicher und außergerichtlicher Kosten zu ersetzen.

Lebenslauf

Am 5. November 1936 wurde ich als Sohn des Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts Bayern, Dr. Heinrich Schwaabe, und seiner Ehefrau Margarete, geb. Molitoris, in Nürnberg geboren.

Vom September 1943 an besuchte ich in Bamberg, Erlangen und München die Volksschule, vom September 1947 an den humanistischen Zweig des Wittelsbacher Gymnasiums in München. Im Sommer 1956 legte ich dort die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaften an der Universität München. Am 19. Januar 1961 bestand ich hier die erste juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit leiste ich in München den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar ab.